VITTORIO EM. III

177

BIBL. NAZ
Vitt. Emanuele III
Racc.
De Marinis
A.
1160.
NAPOLI

77

Rea. De Marimy. A ~~450~~ 1160

Digitized by Google

Digitized by Google

über

die Grenzen des Richteramts

in

bürgerlichen Rechtsſachen

von

D. Wolfgang Heinrich Puchta,

königl. baieriſchem Landrichter in Erlangen.

Biblioteca Nazionale V. E. III. NAPOLI

Nürnberg,

in der Riegel und Wießner'ſchen Buchhandlung.

1819.

Vorrede.

Dieſe Schrift iſt nicht das Produkt bloßer theoretiſcher Speculation; ſie giebt die Reſultate der Vergleichung von Theorien mit den Erſcheinungen eines lange beobachteten praktiſchen Lebens, und für dieſes iſt ſie zunächſt wieder beſtimmt. Ob damit zugleich ein würdiger Beitrag zur Berichtigung einer allerdings noch ſchwankenden Lehre, und nebenher (was jedoch, wenigſtens in Beziehung auf den dermaligen Streit der Prozeßreformatoren und ihrer Gegner, des Verfaſſers Hauptabſicht nicht war,) einige nicht unbrauchbare Materialien für die Prozeßgeſetzgebung geliefert worden, dieß mögen Männer von Metier beurtheilen. Wenn im Leben manches anders ausſieht als in der Wiſſenſchaft, auch wohl in der Geſetzgebung, ſo kann dieß zwar eben ſowohl ein Vorwurf für erſteres als für die letztern ſeyn. Aber man pflegt bei dem Bau eines Wohnhauſes nicht zu vergeſſen, daß bequem darin zu wohnen, die erſte und Hauptforderung an das Werk iſt. Daß in der Theorie, welche die Grenzen der richterlichen Gewalt gegen die privatrechtliche Freiheit der Parteien bezeichnet, daß in der Stellung des ganzen gemeinrechtlichen

Prozeßgebäudes auf der Grundlage der ſogenannten Verhandlungs-Maxime, und beſonders in der Durchführung der Grundidee von der Nichtſtatthaftigkeit eines abſoluten Zwangs zur Rechtsſchutzannahme überall ſtrenge Folgerichtigkeit, alſo in dem Gebäude im Ganzen Symmetrie und Haltung ſichtbar iſt, wird niemand verkennen. Wenn aber deſſen ungeachtet mancher Rechtsſchutzbedürftige dabei gerade in einer der für ſeinen Zweck weſentlichen Partien, da nämlich, wo es auf bequeme Rechtsſchutz-Erlangung ankommt, ſich beengt ſehen, überhaupt im Ganzen manches nicht nach ſeinen Bedürfniſſen eingerichtet finden mag: ſo mögen dieſes eben ſowohl diejenigen beherzigen, welche Geſetze geben, als (ſoviel es ihr Standpunkt erlaubt,) auch diejenigen, welche ſie auslegen, damit nicht die Natur des Menſchen in die Form gezwängt, ſondern dieſe jener angepaßt werde. —

Unſere Prozeßform wird ſich in dem Grade der Vollkommenheit nähern, in welchem es der Selbſtſucht, dem Eigennutz und böſen Willen der ſtreitenden Theile und Sachwalter erſchwert wird, auf die Dauer und die Reſultate der Prozeſſe nach unrechtlicher Willkühr einzuwirken, in dem Grade ferner, in welchem die vollſtändige Entwickelung der ſtreitigen Thatſachen durch ſachdienliche Vereinfachung des Rechtsganges, beſonders durch Beſchränkung des ſchriftlichen, und ſoviel nur immer thunlich Einführung des (deutſchen) mündlichen Verfahrens erleichtert, endlich unnütze Formen ab-

geſchafft und ſich lediglich auf diejenigen beſchränkt wird, welche auf der einen Seite das genügliche rechtliche Gehör der Parteien, und auf der andern die nothwendige Controlle gegen die richterliche Willkühr fordert. — Wollen wir alſo nur vor allem erſtens unſer gemeinrechtliches Verfahren von gewiſſen nur für die Chicane und Verſchleppung fruchtbaren Auswüchſen reinigen, überhaupt es dahin zu bringen ſuchen, daß die Rechtsverfolgung und Vertheidigung weniger als eine, durch die Kunſt der Darſtellung als vielmehr durch die Macht der Wahrheit zu löſende Aufgabe erſcheint; zweitens gewiſſe, aus dem Grundſatze: daß zur Rechtsſchutzannahme kein abſoluter Zwang ſtatt finde, mit zu pedantiſcher Strenge abgeleitete, in der Anwendung zu herbe Theorien mildern, und eine zweckmäßige Annäherung und Verſchmelzung der beiderlei — Verhandlungs- und Unterſuchungs-Prinzipe verſuchen, womit ſchon in einigen Ländern (cf. §. 42.) gewiß mit Erfolg begonnen worden. — Hierdurch werden wir zwar keine ganz neue, aber eine verbeſſerte Ordnung des gerichtlichen Verfahrens erhalten, und unſer Ziel eher erreichen, als durch Einführung uns ganz neuer Inſtitutionen, die zwar immer da, wo ſie ſchon einmal ſeit längerer Zeit im Gange ſind, unbedingt als die beſſern angenommen werden können, ohne daß ſie es darum auch uns ſind, oder der Streit über ihre Vorzüglichkeit von rein juridiſcher, alſo doch immer der Haupt-Seite als zu

deren Vortheil entſchieden angenommen werden müßte. Man laſſe ſich übrigens nicht irre machen durch das Zetergeſchrei über geheime Juſtiz, vehmgerichtliche Proceduren ꝛc. wovon in unſern Tagen die Verſammlungsſäle der Volksrepräſentanten eben ſo wie die Viſitenzimmer der Damen wiederhallen, und durch all das viele zeitige und unzeitige Reden und Faſeln über eine Sache, wovon der größte Theil derer, die ſich zum Mitſprechen berufen fühlen, nichts verſteht. Es iſt nun einmal an der Tagesordnung; „in bunten Bildern wenig Klarheit, viel Irrthum und ein Fünkchen Wahrheit“ — ſo muß es ſeyn! Man laſſe ſich auch nicht irre machen durch die gräßlichen Beiſpiele von heilloſer Verſchleppung und Beugung des Rechts, die man gegen den gemeinrechtlichen Prozeß anführt; ſie beweiſen nur, daß dort, woher ſie genommen ſind, überhaupt gar keine Juſtiz beſteht, und ſie werden von nun an bis in Ewigkeit zu finden ſeyn, wo man ſchlechte Richter duldet. Die Oeffentlichkeit des Verfahrens nach franzöſiſchem Schnitte wird der Schamloſigkeit ehrvergeſſener Richter ſo wenig allein einen Zügel anlegen, als ſie ein allezeit wirkſames Reizmittel wider die feige Gefälligkeit gegen die Gewaltigen ſeyn wird, zumal wenn die Unabhängigkeit der Rechtspflege nicht von oben herab in Schutz genommen wird. Man hoffe überhaupt nicht zuviel von veränderten Formen allein! — Auch uns thut übrigens Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens noth;

aber ein mündliches Verfahren im Gegenſatze von dem Verfahren bloß in Schriftſätzen; und Oeffentlichkeit für diejenigen, denen es zu wiſſen gebühret, d. h. für die Intereſſenten. — Es iſt hier überall nur vom civilgerichtlichen Verfahren die Rede. — Die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit, wie wir ſie brauchen, beſteht weſentlich darin:

> daß der Richter ſoviel als möglich mit den Parteien unmittelbar verhandelt, und die thatſächlichen Verhältniſſe, wo es nur immer ſeyn kann, ohne das Zwiſchen-Organ der Sachwalter da ſchöpft, wo die beſte Auskunft zu haben iſt, d. h. bei den ſtreitenden Theilen ſelbſt; ferner daß nicht nur die Reſultate der Verhandlung in der einfachen Form des Protokolls (wo dieß zureicht) aktenmäßig werden, ſondern auch ohne Wiſſen der Parteien nichts aktenmäßig werde, namentlich auch was die Aufnahme der Beweismittel betrifft, daher auch die Zeugen in der Parteien oder ihrer Anwälte Gegenwart abzuhören heilſam ſeyn wird; daß endlich die Parteien von der Lage des Streits und den Reſultaten der Erörterung zu allen Zeiten Einſicht nehmen können.

Es beſchränkt ſich alſo die Oeffentlichkeit, wie wir ſie brauchen, keineswegs auf die allerdings unzulängliche Mittheilung der Entſcheidungsgründe, welche, wie man richtig bemerkt hat, nur die Reſultate des richterlichen Wirkens, nicht das Wirken ſelbſt und die Art deſſelben kund machen. Sie be-

ſteht vielmehr darin, daß nichts aktenmäßig ſey, und ſomit als Material der Entſcheidung diene, wovon die Partei nicht Wiſſenſchaft hat oder haben kann, nichts, wovon ihre rechtliche Einwirkung, oder, wie man ehehin ſagte, die Beobachtung ihrer rechtlichen Nothdurft ausgeſchloſſen wäre. — Daß endlich alle diejenigen, welche als Richter zu urtheilen haben, von den Verhältniſſen des Streits vollſtändige Kenntniß haben müſſen, verſteht ſich von ſelbſt. Sie haben ſelbige bisher durch den aktenmäßigen Vortrag des Referenten erhalten. Es iſt aber nicht zu leugnen, daß eine vor verſammeltem Gericht erfolgte einfache und kunſtloſe Darſtellung des Sachbeſtandes durch die Parteien oder ihre Advokaten, auch ſelbſt als Vorbereitung auf jenen Vortrag, von erſprießlichem Erfolge ſeyn dürfte. —

Soviel hier gelegenheitlich über den Gegenſtand des großen Streits unſerer Tage. Opinionum commenta delet dies; noch manche Meinung darüber, was zu einer ſoliden Rechtspflege uns noth und nicht noth thut, wird der Strom der Zeit dem Ozean der Vergeſſenheit überliefern: aber die Wahrheit wird endlich hier wie überall von ſelbſt ihr Recht behaupten.

Erlangen am 1. Juli 1819.

Der Verfaſſer.

Inhalt.

I. Allgemeine Betrachtungen.

§. 1. Ueber das Intereſſe des Gegenſtandes dieſer Abhandlung.

§. 2. Anſichten der Rechtsgelehrten. Literatur.

§. 3. Die Schwierigkeiten dieſer Lehre.

§. 4. Allgemeine Anſichten von dem Verhältniſſe zwiſchen Richter und Partei im Civilprozeſſe.

§. 5. Beziehungen der richterlichen Wirkſamkeit 1) als leitend, 2) als ergänzend überhaupt betrachtet.

§. 6. Ordnung der Abhandlung.

II. Die Grenzen des leitenden Richteramts im nichtſtreitigen Prozeſſe.

§. 7. Wichtigkeit dieſes Zweigs der Rechtspflege.

§. 8. Was hier der Zweck der richterlichen Einwirkung iſt.

§. 9. Auch die gemiſcht freiwilligen Gerichtshandlungen machen keine Ausnahme.

§. 10. Modalitäten.

III. Die Grenzen des leitenden Richteramts in dem contentioſen Prozeſſe.

§. 11. Die hier eintretenden Beziehungen.

§. 12. Erſte Regel.

§. 13. Zweite Regel.

§. 14. Dritte Regel.

§. 15. Richtungen der richterlichen Thätigkeit gemäß der dritten Regel.

§. 16. Fortſetzung; Gewalt des Richters bei der Beweisführung.

§. 17. Weitere Richtungen der Thätigkeit des Richters nach der dritten Regel.

§. 18. Vierte Regel.

§. 19. Motive.

§. 20. Winke zur Vermeidung von Colliſionen bei der richterlichen Fürſorge für unberathene Parteien.

§. 21. Das Geſagte durch ein Beiſpiel erläutert.

§. 22. Weitere Betrachtungen.

§. 23. Reſultate.

IV. Die Grenzen des ergänzenden Richteramtes.

§. 24. Nur das Produkt der gepflogenen Verhandlung kann Gegenſtand der Subſumtion unter das Geſetz ſeyn.

§. 25. Doch iſt der zweckmäßige Gebrauch der Thatſachen, den der Richter macht, unabhägig von dem, den die Parteien machen.

§. 26. Erinomenon des Satzes: der Richter kann nicht ultra petitum erkennen.

§. 27. Fortſetzung.

§. 28. Nur aktenmäßige Thatſachen fallen in den Kreis der richterlichen Subſumtion.

§. 29. Wie weit rückſichtlich der Einreden die ſuppletoriſche Befugniß des Richters reiche.

§. 30. Rückblicke auf das §. 25. — 29. Erörterte.

§. 31. Ueber das ſogenannte richterliche Durchgreifen.

§. 32. Vorſtellung der Rechtslehrer.

§. 33. Anſicht des Verfaſſers.

§. 34. Fortſetzung.

§. 35. Fortſetzung; freiere Bewegung des richterlichen Ermeſſens 1) in geringfügigen Sachen.

§. 36. 2) beſonders bei Schadens-Ermäßigungen.

§. 37. 3) überhaupt in Intereſſeſachen und 4) bei gewiſſen Kriegsſchäden.

V. Ueber die Frage: beſchränkt der Prozeß nach dem Unterſuchungsprinzip die privatrechtliche Freiheit der ſtreitenden Theile?

§. 38. Der preuß. Civilprozeß iſt kein inquiſitoriſches Verfahren.

§. 39. Ueber die Vernunftmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Unterſuchungsprinzips.

§. 40. Fortſetzung.

§. 41. Beweiſe aus dem Geſetze ſelbſt, daß der preuß. Prozeß die Dispoſitionsfreiheit nicht gefährdet.

§. 42. Annäherung neuer Prozeßgeſetzgebungen an das Unterſuchungsprinzip.

VI. Einige Worte über die Trennung der ſtreitigen und nichtſtreitigen Rechtsſachen im Juſtizverwaltungs-Organismus.

§. 43. Dieſe Trennung iſt nicht unbedingt realiſirbar.

§. 44. 1) Die Vereinigung fördert eine wiſſenſchaftliche Praxis; die Trennung iſt ein Hinderniß derſelben.

§. 45. 2) Bei Unterbehörden iſt die allzuſcharfe Trennung der Gewalten weder überall nothwendig noch auch rathſam.

§. 46. 3) Die zu vermeiden geſuchte Colliſion liegt weder abſolut noch einzig in der fraglichen Verbindung.

§. 47. 4) Dem Staate werden neue Laſten aufgebürdet, was nicht bloß in finanzieller Hinſicht bedenklich iſt.

§. 48. Reſultat.

I. Allge-

I.

Allgemeine Betrachtungen.

§. 1.

Ueber das Intereſſe des Gegenſtandes dieſer Abhandlung.

Die juribiſchen Weideſprüche: judex non imploratus officium suum non impertitur; — judex ex officio non procedit; — invitis vel non implorantibus judex jus non dicit; — wo kein Kläger, da iſt kein Richter u. ſ. w. ſind nicht nur in dem Munde jedes Praktikers, ſondern mancher ſcheint ihnen ſogar eine ſo abſolut entſcheidende Kraft beizulegen, daß er damit, ſo oft ſichs von den Grenzen der Thätigkeit des Richters in Privatrechtsſachen handelt, die Scheidungslinie zwiſchen diſſeits und jenſeits nun für ſo ganz ausgemacht, ja für ſo unverrückbar hält, als wenn ſie durch eine Mauer gegen Uebertretungen aus Vorſatz oder Uebereilung geſichert wäre. Allein, was dergleichen ſprichwörtlichen Formeln, die nicht ſelten nur in gewiſſer Beziehung wahr ſind, überhaupt eigen zu ſeyn pflegt, eben dieſe Weideſprüche haben nur zu oft ſchon zu Mißdeutungen und Irrthümern Anlaß gegeben, manchem Richter ſchon zu einem willkommenen Polſter ſeiner Bequemlichkeit, manchem vielleicht ſogar zur vermeinten Entſchuldigung einer geſliſſentlichen Unthätigkeit gedient, deren eigentſcher Beweggrund eben nicht immer ſehr lauter gewe-

ſen ſeyn mag. Daß ſie als Regeln für die Beſeitigung der in vorkommenden Fällen entſtehenden Zweifel und Bedenklichkeiten bei weitem unzulänglich, alſo auch nicht als Amulete gegen den Zauber, der auf den Augen gewiſſer Praktiker liegt, zu gebrauchen ſind, das hat wohl ſchon jeder Richter, dem es um Gründlichkeit und Wahrheit zu thun iſt, in ſeiner Praxis zu erfahren Gelegenheit gehabt.

Wenn aber Bequemlichkeit oder böſer Wille jenen Sentenzen eine zu ungemeſſene Bedeutung beilegen, ſo kann aber auch auf der andern Seite der durch ein zu lebhaftes Rechtsgefühl aufgeregte Richter dem Vorwurf einer Ueberſchreitung ſeiner Befugniſſe, ja ſelbſt dem der Leidenſchaftlichkeit ſich ausſetzen, wenn er dem entgegengeſetzten Extrem zu unbehutſam ſich nähert, und von gewiſſen das ſ. g. mildrichterliche oder Ergänzungs-Amt begründenden Geſetzen eine zu ungebundene Anwendung macht. In ſeinem frommen Eifer kann er leicht vergeſſen, daß er weit ſicherer zu leidend ſich verhält als zu thätig, einmal, weil die Geſetze den Richter nicht überall verpflichten, wo ſie ihn berechtigen [1]), und dann, weil der Mann von Gefühl neun Mal Gefahr läuft ahndungswürdig zu verfahren, bis der Unempfindliche in zehen Fällen nur ein einziges Mal in die Lage kommt, wo er nicht in den Geſetzen den Vertheidiger ſeines Verhaltens fände.

Je praktiſcher, ja wichtiger daher dieſe Materie iſt, (wichtig beſonders in unſern Tagen, wo verſchie-

---

1) Non quidquid judicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati. L. 40. D. de jud.

dene Regierungen zur Schwächung der Streitluſt mit ihren ſchädlichen Folgen dahin arbeiten, die Zahl der Advokaten vornehmlich auf dem Lande, damit aber nothwendig auch die der Controllen der richterlichen Willkühr zu vermindern), um ſo mehr verdient ſie Aufmerkſamkeit, und auch dieſer Beitrag zu ihrer Reviſion mag nicht für überflüſſig gehalten werden, was auch für die Berichtigung der Lehre ſchon von ältern und neuern Rechtslehrern geſchehen iſt.

§. 2.

Anſichten der Rechtsgelehrten. Literatur.

Ehe ich weiter gehe, ſey es mir vergönnt, das wörtlich anzuführen, was drei ſonſt bewährte Praktiker (in welchen wohl ſchon mancher Richter Rath und Troſt geſucht, auch gefunden hat, nur nicht in dieſer Materie) hierüber ſagen.

1) F. C. v. Pufendorf[2]) glaubt jeden Zweifel gehoben zu haben, wenn er ſagt: quamquam superstitiose existimandum non est, judicem a petitis libelli ne latum quidem unguem discedere oportere, tamen praeter intentionem ipsius actoris in actis declarandam plus ei adjudicare *periculosum* (?) est et vitio nullitatis *vix* caret. Aliud est ex intentione actoris libellum corrigere et emendare, aliud ipsius intentionem egredi, quod permittendum judici vix est; praeterea quod ipse dirimendis tantum litibus praefectus est, adeoque id, de quo nulla controversia intelligitur, decidere

2) in obs. jur. un. T. II. obs. 107.

non debet; et praeterea reo excipiendi facultas adimitur. Reus enim exceptiones suas secundum intentionem in actis declaratam proponit, alias forte objecturus, si ulteriorem actoris intentionem cognovisset.

2) Noch unbefriedigender iſt, was C. F. Hommel[3]) hierüber lehrt: Id si judex faciat (was l. un. C. ut quae desunt advocatis etc. vorſchreibt) non debet videri, se immiscuisse juribus partium. — Inde in actis contentiosae jurisd. judicum consilia, quibus neglecta supplent, plerique damnabilia putant, quia suppeditans partibus argumenta aut libellum sibi in scriptis porrectum emendans, *inprimis si id ſaciat amicitiae ſervore vel lucri spe* (!!) is advocati non judicis partes sustinere videtur, ut suspicione *non penitus* (wirklich?!) careat. — Nihilominus autem casus incidere possunt ejusmodi, ut in inferioribus potissimum judiciis partibus non consuluisse vitium sit, inprimis si pauper litiget. Sic in causis minutis, si judex libellum ore prolatum ipse consignare et redigere in registraturam debeat, non potest solum, sed etiam debet male prolata in melius vertere, atque tam in factum accurate inquirere, quam melius jus suggerere, atque ita registraturam concipere, ut actio petitoris subsistat. — Multo magis in actibus vol. jurisd. — pertinet ad officium judicis quam maxime minus commode prolatorum emendatio etc. — In actibus autem content. jurisd.

---

3) in Rhaps. Vol. VI. Obs. 739.

suasor sim, ut sine praefulgente et manifesta adversarii fraude neutri succurrat, ne polypragmosinae se reum faciat.

3) Vollends dürftig erſcheint, was ſelbſt J. B. v. Wernher[4]) dafür anführt. Denn auſſer dem ganz generell hingeworfenen Lehrſatz: daß in reinen Privatſachen der Richter nur aufgefordert thätig ſeyn dürfe, daß dieß aber in Criminalſachen und in Angelegenheiten der Pupillen und mitleidswürdigen Perſonen anders ſich verhalte, — findet man nichts weiter, als die beinahe ſcherzhaft lakoniſchen Entſcheidungsgründe der Juriſt. Fak. zu Wittenberg: „dieweil aber dennoch dieſe Erbſchaftsſache nicht den judicem, ſondern lediglich die Parteien angehöret, alſo demſelben ſich ex officio zu moviren nicht zukommet, ſo" ꝛc. ꝛc.

Ausführlich haben dieſe Lehre abgehandelt:

O. P. Zaunschliffer in tract. de officio judicis suppletorio. Marp. 1682. 4.

J. H. Boehmer in tract. de judice procedente ex officio in causa civili in deſſen exercit. ad pand. II. n. 35.

J. M. Renner in der (nicht viel bedeutenden) Abhandl. über die l. un. C. ut quae desunt etc. oder von dem richterl. Erfüllungsamte. Als Anhang zu deſſen Medit. ad Schaumburgii princ. prax. jur. jud. Jenae 1784. 8.

v. Gönner in dem Handb. des deutſchen gem. Prozeſſes (2te Aufl.) I. n. X. S. 234.

---

4) P. IV. Obs. 156.

In ſeiner Art auch

- J. G. Leyser de necessaria sententiae ad libellum conformatione; in *A. Leyser* med. ad pand. Spec. 468.

§. 3.

Die Schwierigkeiten dieſer Lehre.

Es iſt nicht zu widerſprechen, daß die Geſetze keine durchgreifende, alle Zweifel in vorkommenden Fällen beſeitigende feſte Regel aufgeſtellt haben, wie weit die poſitive und die negative Thätigkeit des Richters im Civilprozeſſe gehe, oder wie weit er von Amtswegen verfahren könne, und wo es ſchlechterdings des Anrufens der Parteien bedürfe. Die Folge davon für die Praxis iſt ein ſchwankender und unſicherer Zuſtand, wo der eine Richter zu viel, der andere zu wenig thut, und das richterliche Amt in eine Lage verſetzt erſcheint, in der es nur mit Mühe, aber nicht immer mit Glück dem Vorwurf entgeht, daß es in den entgegengeſetzten Fehler verfalle, während es den einen zu vermeiden ſucht. Worin der Grund dieſer leidigen Verfaſſung liegt, iſt nicht ſchwer einzuſehen.

Es iſt eben ſo gar leicht nicht, hier eine Regel aufzuſtellen, die ein Damm gegen die Willkühr wäre, und zugleich auch zur Ermuthigung ängſtlicher Zweifelſucht und Bedenklichkeiten diente; es iſt ſo leicht nicht, eine, dem Grundſatze der ſ. g. Verhandlungs-Maxime gemäße, Grenzlinie zwiſchen der poſitiven und negativen Thätigkeit des Civilrichters auszumitteln und jeder dieſer beiden Thätigkeitsäuſſerungen ihre gehörige Sphäre anzuweiſen, und vielleicht beweiſt dieß mehr als irgend etwas anderes, daß die

Verhandlungs- wie die Unterſuchungs-Maxime [5]), wo beziehungsweiſe die negative und poſitive richterliche Thätigkeit vorherrſchend iſt, Extreme ſind, zwiſchen welchen das Rechte in der Mitte ſich verhält. Immer aber iſt, man mag auch die Verhandlungsmaxime mit noch ſo ſpitzfindiger Conſequenz durchführen, nicht zu leugnen, daß das Verfahren nach dem entgegengeſetzten Grundſatze dem Menſchen, ſeiner Art zu denken und ſeinen kunſtlos und einfach, darum aber auch richtig gewürdigten Intereſſen am meiſten zuſagt.

Wenn man ſich die verſchiedenen geſetzlichen Beſtimmungen in dieſer Materie: L 4. §. 8. D. de damno infecto [6]), L. 25. §.8. de aedil. ed. [7]) mit Rückſicht auf die Verhältniſſe und den Wirkungskreis des römiſchen Judex pedaneus; ferner die L. un. C.

---

5) Man verſteht unter Maximen ſonſt bekanntlich nur ſubjektive Prinzipien des Handelns, ſolche, die ſich das Subjekt ſelbſt zur Regel macht; alſo iſt die auf das Verhandlungs, (Unterſuchungs-) Prinzip gebaute Prozeß-Methode oder die Verhandlungs- ꝛc. Methode, — Weiſe, wohrichtiger.

6) Hoc judicium certam conditionem habet, si postulatum est; ceterum, qui non postulavit, experiri non potest. Postulare autem proprie hoc dicimus, pro tribunali petere, non alibi.

7) Judici, statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecunque in judicio versantur, ea autem, quae ante judicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.

ut quae desunt advocatis etc. [8]); wiederum das merkwürdige c. 6. X. de judiciis [9]), welches in ſeiner craſſen Anwendung alle Ordnung des Verfahrens beſonders nach dem Verhandlungs-Prinzip zerſtört und das ganze Prozeß-Syſtem in ſeinen Grundfeſten erſchüttert; endlich die Fiktion einer generellen, die Mängel des ſpeziellen Begehrens ergänzenden, Bitte mittelſt der ſ. g. clausula salutaris [10]) — — wenn man ſich dieſe verſchiedenen Beſtimmungen gegenwär-

---

8) Non dubitandum est, judicem, si quid a litigatoribus, vel ab his, qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et juri publico convenire.

9) Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cujusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem investigare curetis; über welches Geſetz A. D. Weber (von der nat. Verbindlichkeit §. 47. n. 2.) die unſern Praktikern eben nicht zur Ehre gereichende bittere Bemerkung macht, daß mancher Advokat und Prokurator, auch wohl nach Gelegenheit mancher Richter, dem herzlich bange werden ſollte, wenn er das eigentliche genus actionis institutae vel instituendae angeben müßte, Urſache habe, hiefür das Andenken des Papſtes Alexander III. zu ſegnen: Tibi molliter ossa quiescant!

10) Der R. A. de 1551. §. 32. beſtimmt deßhalb: wenn auch das Begehren der Parteien aus den erzählten Thatſachen rechtlich nicht folgt, es iſt aber dieſe ſalvatoriſche Clauſel beigefügt, ſo ſoll auf die vorgebrachten narrata erkannt werden, was darauf von Rechtswegen zu erkennen ſich gebührt, und der Supplikant *in specie* hätte bitten ſollen oder mögen.

tig erhält, ſo muß man glauben, daß ſie hauptſächlich durch die Ungeſchicklichkeit der Praktiker, vornehmlich durch das Benehmen der Richter veranlaßt wurden, die entweder in ihren Befugniſſen ausſchweiften, und dadurch zu Beſchwerden Anlaß gaben, oder bald aus Bequemlichkeit, bald aus zu weit getriebener Bedenklichkeit anfragten, da wo ſie ſich ſelbſt hätten beſcheiden können und ſollen. Daher mag denn auch die für die allgemeine Anwendbarkeit ſo wenig geeignete Faſſung jener Geſetzſtellen rühren, indem der Concipient den die Anfrage veranlaſſenden concreten Fall zu ſehr ins Auge faßte, und dadurch verhindert wurde, ſich auf denjenigen höhern Standpunkt zu verſetzen, von wo aus er allein die verſchiedenen Stellungen des Richters gegen über den Parteien und dieſer gegen jenen zu überſchauen im Stande geweſen wäre. Die aufgeſtellten Regeln widerſprachen ſich nun, oder, was leider für die Anwendung gleichviel iſt, ſchienen ſich wenigſtens zu widerſprechen, der Ausnahmen wurden ſoviele als der Fälle, welche die Regel umfaßte, und ſo konnte es leicht dahin kommen, daß man nicht mehr recht wußte, was eigentlich die Regel und was die Ausnahme war. Daher bemerkt Böhmer [11]) ſehr treffend: Si actor adest, qui litem movet et jus suum prosequitur, regula: „judex ex officio non procedit", fere plures exceptiones habet, quam exempla sub regula: ut fere illam invertere possis et dicere: regulariter hodie *lite mota* judicem ex officio omnia facere posse, quae ad veritatis indagationem et justitiae administrationem faciunt, *nisi ubi in specie partium implorationem processus hodierni requirunt.*

---

11) in tract. cit. Cap. I. §. XI.

§. 4.

Allgemeine Anſichten von dem Verhältniſſe zwiſchen Richter und Partei im Civilprozeſſe.

Wenn man ſich unter dem Richter im Civilprozeſſe diejenige Perſon denkt,

> welche von dem Staate mit einem Theile der vollziehenden Gewalt bekleidet iſt in der Abſicht, den wohlerworbenen Rechten der Staatsbürger untereinander den geſetzlichen Schutz gegen Anfechtungen, auf Verlangen und in dem beſonders vorgeſchriebenen Wege, zu gewähren;

ſo entdecken ſich uns in dieſem Begriffe ſogleich zwei weſentliche Merkmale dieſes Rechtsſchutzes, die unſerer Unterſuchung zum Leitſtern dienen. Es ſind dieß die Merkmale

a) des auf Verlangen der Betheiligten,

b) im beſonders vorgeſchriebenen Wege

ertheilten Schutzes, woraus ich nachſtehende Folgerungen ziehe.

I) Wenn der Rechtsſchutz in Privatſachen bedingt iſt durch das **Verlangen** deſſelben von Seiten des Betheiligten, ſo kann der Richter zum Beſten einer Partei nur dann thätig werden, wenn dieſe, vermöge ihrer Befugniß, ein angefochtenes Recht zu vertheidigen oder aufzugeben, ihn zur Thätigkeit auffordert.

II) Der Richter kann aber auch nicht weiter thätig werden, oder beſtimmter: mit ſeiner Thätigkeit **kein anderes Produkt erzielen**, als von dem Betheiligten verlangt wird. (Non ultra petita procedit nec jus dicit.)

III) Wenn der Betheiligte, es ſey durch welche Handlung oder Unterlaſſung immer, zu erkennen giebt, daß er den angeſprochenen Rechtsſchutz nicht weiter verlange, ſo iſt das gerade ſo viel, als wenn er ſelbigen gar nicht verlangt hätte.

Auf dieſen drei Sätzen beruht die Regel: wo kein Kläger (was nicht bloß von dem gilt, welcher agendo, ſondern auch von demjenigen, welcher excipiendo handelt, alſo auch von dem Beklagten), da iſt kein Richter; judex non imploratus officium suum non impertitur.

Der Rechtsſchutz wird aber auch (ad b) nur „im beſonders vorgeſchriebenen Wege" ertheilt. Das Geſetz zeichnet gewiſſe Modalitäten vor, wie der Richter jenen ertheilen, die Partei ihn erwirken ſoll. Dieſe Modalitäten ſind die Mittel zum Zwecke des verlangten Rechtsſchutzes, und zwar ſind ſie theils nothwendig, ohne ſie der Zweck ſchlechterdings unerreichbar, theils nur nützlich für denſelben.

IV) Der nothwendigen Mittel zum Zwecke kann die Partei ſich nicht entſchlagen, wenn ſie nicht zugleich den Zweck ſelbſt aufgeben will. Dahin gehört alles, was die Geſetze für weſentliche Erforderniſſe des Rechtsverfahrens erklärt haben, alles, wodurch die richterliche Thätigkeit für ihren Zweck bedingt, der verlangte Rechtsſchutz allein rechtlich möglich iſt.

V) Die bloß nützlichen Mittel zum Zwecke hängen dagegen lediglich von der Willkühr der Partei ab, namentlich alles, wodurch ſie ihre Angriffs- oder Vertheidigungs-Lage bloß erleichtert oder erſchwert. Ob alſo eine Partei, unter übrigens gleichen Umſtänden früher oder ſpäter kla-

gen; eine zweckmäßigere oder minder zweckmäßige Klage anſtellen, (eine ganz inepte gehört in die Categorie ad IV.); ob ſie petitoriſch klagen will, wo ſie poſſeſſoriſch klagen könnte; ob ſie bejahend oder verneinend litem conteſtiren will (nur eines von beiden muß ſie nach dem Grundſatz ad IV.); ob ſie dilatoriſche Einwendungen (mit Ausnahme derjenigen, welche die Competenz des Richters, und wie die exc. deficientis legitimationis, die Geſetzmäßigkeit des Verfahrens angehen, alſo nach IV. von Amtswegen zu ergänzen ſind) vorſchützen, von peremtoriſchen Einwendungen Gebrauch machen will oder nicht u. ſ. w.: das alles hängt von ihr ab, und der Richter, der weder Vormund noch Sachwalter der Partei iſt, hat ſich hierbei lediglich leidend zu verhalten.

Indeſſen kann die Partei auch in Anſehung der bloß nützlichen Mittel zum Zwecke beſchränkt, und dem Richter auſſer der Ordnung eine ausgedehntere Befugniß auch dießfalls eingeräumt ſeyn, und zwar ſowohl aus ſubjektiven, in dem betheiligten Individuum liegenden, als aus objektiven Gründen. Hieraus folgt:

VI) Wenn es der Partei an der erforderlichen Fähigkeit fehlt, ihre Willkühr in Anſehung der nützlichen Mittel für ihren Zweck mit Zuverläſſigkeit zu äuſſern (ob imperitiam et rusticitatem), ſo tritt nach beſondern geſetzlichen Beſtimmungen auſſer der Ordnung eine poſitive Thätigkeit des Richters ein. Man rechnet hieher die erweiterte richterliche Gewalt zum Beſten einer Partei in Sachen 1) des Heiraths guts, 2) der Pupillen, 3) der mitleidswürdigen Perſonen überhaupt,

4) der gemeinen Landbewohner. Ich werde in der Folge (§. 16.) hierauf zurückkommen, und bemerke daher hier vorläufig nur, daß ich dieſe richterliche Gewaltserweiterung eigentlich nur von ſolchen Rechtsſubjekten gelten laſſen möchte, die nicht in die Categorie der Tutel- oder Curatelbedürftigen gehören. Denn hier hat man, ohne es vielleicht zu wollen, was dem Richter zufällig als Obervormund obliegt, mit dem vermiſcht, was von ihm als Richter gefordert werden kann. Für die nicht eigentlich Pflegebedürftigen auf 3 und 4 allein tritt der bemerkte Grund der poſitiven Thätigkeit ein, und er liegt einzig in der Billigkeit, ja ſelbſt in dem Zweck jeder Rechtspflege, wenn ſie auf Gründlichkeit Anſpruch machen ſoll. Die Erfahrung lehrt, daß jene mitleidswürdigen Perſonen und jene gemeinen Landleute, ſelbſt zu unerfahren, ihr Beſtes zu berathen, oft nicht einmal von der Nothwendigkeit ſich überzeugen können, ſich einen Sachwalter wählen zu müſſen. Ueberzeugen ſie ſich aber auch davon, ſo ſcheuen ſie den Koſtenaufwand, und haben es oft auch Urſache, ohne eben zum Armenrecht geeignet zu ſeyn. Thäte nun auch das mildrichterliche Amt nichts für ſie, ſie würden in ihrer beſchränkten Lage gegen einen überlegenen Gegner immer den Kürzern ziehen; es würde eine Menge von nützlichen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln und von wohlerlaubten Behelfen für ſie verloren gehen, ſie alſo ohne ihre Schuld Unrecht leiden. Und dieß alles müßte der Richter, der gleichwohl zur Handhabung des Rechts berufen iſt, mit anſehen, bloß um folgerecht in Beziehung auf gewiſſe Prinzipien zu bleiben. Hier wäre es doch wohl, wo summum jus mit Recht summa injuria

genannt würde; wo die ſcheinbar höchſte Achtung der menſchlichen Freiheit ein wahres Attentat gegen ſie begünſtigte, indem ſie die Menſchen wenigſtens eines großen Theils der Wohlthaten des bürgerlichen Vereins beraubte. Niemand wird demjenigen einen Injurien-Prozeß an den Hals werfen, der ihn, wenn auch unſanft, bei den Haaren aus den Wellen gezogen, und nur in Spanien hat man ausnahmsweiſe jenen als Majeſtätsverbrecher zum Tode verurtheilt, der mit unzarter Hand den heiligen Leib einer Königin berührt hatte, um ſie aus den Flammen zu retten. — Das Geſetz erhält alſo den Richter bei der Wirkſamkeit für ſeinen Zweck, mildert aber das Rauhe und Unwirthbare in den Folgerungen eines herben Prinzips.

VII) Auch objektive Gründe, ſolche, die nicht zunächſt von dem Beſten der ſtreitenden Theile ausgehen, können die Willkühr der letztern in der Wahl der Mittel zum Zweck einſchränken. Das Geſetz entzieht nämlich bisweilen aus Gründen für das allgemeine Beſte den Parteien den willkührlichen Gebrauch der Angriffs- und Vertheidigungsmittel. So kann z. B. in Sachen, wobei das öffentliche Wohl betheiligt und deßhalb eine kürzere Art des Verfahrens angeordnet iſt, ſtatt des ſummariſchen nicht der ordentliche Prozeß eingeſchlagen werden. Der Kläger kann in Kleinigkeiten, wenn auch mit eigener Aufopferung (durch Uebernahme der dadurch verurſachten mehreren Koſten, durch längeres Warten auf die Rechtshülfe u. ſ. w.) nicht verlangen, daß man ſtatt des mündlichen ein ſchriftliches Verfahren einleite.

Unter dieſe Geſichtspunkte geſtellt, wird es im Allgemeinen wenigſtens ſchon ziemlich klar, wie ſich in Beziehung auf die bürgerliche Rechtsverfolgung und Vertheidigung und auf deren Mittel Richter und Partei gegen einander verhalten müſſen, wenn der letztern ihre privatrechtliche Freiheit ohne ungebührliche Beſchränkung erhalten, erſterer aber nicht zur kraft- und willenloſen Maſchine herabſinken ſoll.

§. 5.

Beziehungen der richterlichen Wirkſamkeit 1) als leitend, 2) als ergänzend überhaupt betrachtet.

Die Grenzen des richterlichen Amts, die wir hier näher prüfen und feſtſetzen wollen,

> ſollen den Umfang der richterlichen Gewalt in Beziehung auf Gegenſtände bezeichnen, die zunächſt der Willkühr der Privaten unterworfen ſind,

und es ſoll dadurch verhindert werden, daß das richterliche Amt, während es berufen iſt,

> entweder möglichen Rechtsverletzungen vorzubeugen,
>
> oder zum Schutze verletzter Rechte zu dienen,

nicht ſelbſt dieſe Rechte gefährde oder verletze.

Wenn wir uns gleich vernünftiger Weiſe das Richteramt nie anders als nach dem Zwecke ſeiner Wirkſamkeit, d. h. zur Aufrechthaltung des Rechtsſtandes in beſondern Fällen und zwar theils *cavendo* theils *judicando* thätig denken können, und hierin ſchon ein Hauptrichtungspunkt bei der Grenzregulirung einer mit der Freiheit der Partei collidirenden Gewalt ſich zeigt: ſo bieten doch die eigenthümlichen ge-

genſeitigen Verhältniſſe zwiſchen Richter und Partei, und gewiſſe Modifikationen, welche dem Amte des erſtern, bisweilen ſogar auf Koſten der Diſpoſitionsfreiheit der letztern, nothwendig gegeben werden müſſen, wenn jenes ſeinem Zwecke gemäß wirken ſoll, doch noch manche kritiſche Seite dar, wo gleichwohl ohne nähere Beſtimmung der Grenzen eine ſchädliche Willkühr unvermeidlich wäre.

§. 6.

Ordnung der Abhandlung.

Das Richteramt iſt thätig im Prozeß über Privatrechte, und zwar

a) im nichtſtreitigen Prozeß, oder bei dem Verfahren in nichtcontentioſen Rechtsgeſchäften;

b) im ſtreitigen (oder im engern Sinn alſo genannten) Prozeß; hier aber

theils bei der Inſtruktion,

theils bei der Entſcheidung.

Es äuſſert ſich aber ſowohl **leitend** als **ergänzend**, und es macht daher nach zweierlei Beziehungen,

einmal als das leitende richterliche Amt — officium judicis directorium —;

und dann als das ergänzende richterliche Amt — o. j. suppletorium —

den Gegenſtand unſerer Betrachtung aus. Jenes iſt ausſchließlich thätig bei dem Verfahren in nichtſtreitigen Rechtsgeſchäften, und bei der Inſtruktion des ſtreitigen Prozeſſes, dieſes, das ergänzende, nur im letztern und zwar hauptſächlich nur bei der Entſcheidung,

ob

ob es gleich ſchon bei der Prozeßverhandlung, da, wo es auf richterliche Beſchlüſſe (decreta) ankommt, nicht an Stoff und Gelegenheit zu ſeiner Wirkſamkeit fehlt.

Ich werde nun das richterliche Amt in ſeinen Begrenzungen gegen die Willkühr der Parteien näher unterſuchen, und zwar

1) das leitende bei dem Verfahren im nichtſtreitigen, (§. 7 — 10.)

2) im ſtreitigen Prozeſſe, (§. 11 — 23.)

3) das ergänzende (§. 24. fgg.)

Einige Betrachtungen, wozu ſich mir im Verfolge der Schrift Stoff darbietet, namentlich über die Vernunftmäßigkeit des Unterſuchungsprincipes, über die Trennung der ſtreitigen und nichtſtreitigen Rechtsſachen in der Juſtizverwaltung ꝛc. werden, um den Zuſammenhang nicht zu unterbrechen, den Beſchluß machen.

Digitized by Google

II.

Die Grenzen des leitenden Richteramts im nichtſtreitigen Prozeſſe.

§. 7.

Wichtigkeit dieſes Zweigs der Rechtspflege.

Man iſt gewohnt, das Verfahren in nichtſtreitigen Rechtsgeſchäften, oder die Handlungen der ſ. g. freiwilligen (willkührlichen) Gerichtsbarkeit, welche als mit der Rechtspflege verwandte Gegenſtände in Deutſchland gewöhnlich den Gerichten erſter Inſtanz übertragen ſind, unter die Geſchäfte niederer Ordnung einzureihen, ſie wohl gar nur für ſolche zu halten, wobei es größtentheils auf nichts weiter als auf eine gewiſſe mechaniſche Ordnung und auf Eigenſchaften des Willens ankäme [12]). Ich will

12) Nach der neuen Juſtizorganiſation im Großherzogthum Heſſen iſt auch für dieſen Zweig der Juſtizverwaltung bei ſeiner Trennung von der Adminiſtration der contentioſen Gerichtsbarkeit zweckmäßig geſorgt, damit derſelbe nicht bloßen Empirikern und Routiniers anvertraut ſey. Zu den Stadt- und Landſchreibereien, denen dieſe Geſchäfte zur Beſorgung obliegen, ſollen nur ſolche Perſonen als fähig betrachtet werden, welche nach erhaltenem günſtigen Zeugniſſe über die auf der Landesuniverſität beſtandene theoretiſche Prüfung zwei Jahre eine Land- oder Stadtſchreiberei-Stube beſucht, oder ſich ſonſt der juriſtiſchen Praxis gewidmet, und dann in einem Examen ſich genügend über ihre theoretiſchen und praktiſchen Kenntniſſe ausgewieſen haben. Neue Civilgeſetzgeb. für das Großherzogth. Heſſen 1s Heft. Darmſt. 1818. S. 6.

für jetzt die Gründe dieſer Würdigung nicht umſtändlich unterſuchen; die Bemerkung aber gehört wohl hieher, daß es hier ſo gut als im ſtreitigen Prozeſſe auf genau beſtimmte Regeln ankommt, damit die richterliche Theilnahme nicht in ſchädliche Willkühr und Parteilichkeit ausarte, oder auf der andern Seite das paſſive Verhalten des Richters zur gänzlichen Gleichgültigkeit gegen das Schickſal der Parteien werde. Leider iſt das letztere Extrem das gewöhnlichere. Man kann davon täglich die Ueberzeugung nehmen, wenn man das gewöhnliche Treiben in den Gerichtsſtuben beobachtet. Es iſt eine von den Wirkungen des geiſtloſen Schlendrians, ſo wie dieſer wiederum durch das ewige Einerlei in der Geſchäftspflege gewirkt wird, wenn man ſich nicht durch die Vorſtellung der in jedem einzelnen Falle neu zu erwerbenden Verdienſtlichkeit das Intereſſe für ſeinen Gegenſtand zu erhalten weiß. Und doch ſtiftet jener Schlendrian hier eben ſo viel, ja, in Rückſicht auf die Möglichkeit der Verhütung, vielleicht noch mehr Unheil in dem bürgerlichen Verein als ein tumultuariſches Verfahren im ſtreitigen Prozeß oder ein ungerechter Richterſpruch. Denn was Ungeſchicklichkeit oder böſer Wille eines Richters in einem Rechtsſtreite übles angerichtet, das können Sachwalter rügen und Oberrichter wieder gut machen. Aber wer ändert die Folgen eines nichtig aufgenommenen, oder nach ſeinem Inhalte zweifelhaften Teſtaments, deſſen Mängel erſt dann zum Vorſchein kommen, wenn demjenigen, der zu ihrer Verbeſſerung erforderlich iſt, dem Teſtirer, der Mund auf immer geſchloſſen iſt? Wer ſchafft dem Pupillen das durch nachläßige Verwaltung verlorne Gut wieder, wenn Vormünder und Obervormundſchaften nicht regreßfähig ſind? Wer reparirt die Folgen einer man-

gelhaften Verſchreibung, wenn daraus Prozeſſe entſtehen, deren Reſultate der Ruin ganzer Familien ſeyn können? In der That entſteht der größte Theil der Prozeſſe nicht aus böſem Willen, Habſucht oder Streitluſt; es iſt der Mangel an richtigen Beſtimmungen der Produkte des menſchlichen Verkehrs, wenn die Intereſſenten über ihre Rechte verſchiedener Meinung werden. Wie mancher Contrahent, beſonders aus der großen Claſſe der Geſchäftsunkundigen, der in der gerichtlichen Leitung treuherzig den Bürgen ſeiner Sicherheit vor ſich zu haben wähnte, iſt nicht ſchon ein Opfer der Hinterliſt und des Betrugs geworden, weil der Richter die Grenzen ſeiner Theilnahmsbefugniſſe aus unzeitiger Aengſtlichkeit oder aus Bequemlichkeit, auf jeden Fall aber ungebührlich beſchränkte, oder das Geſchäft den Händen bloßer Routiniers überließ. Alſo mit bloßen Eigenſchaften des Herzens iſt's nicht gethan, und man kann auch hier ſagen, wie Leſſing an einem gewiſſen Ort ſagen läßt: „man iſt verzweifelt wenig, wenn man nichts weiter iſt als ein ehrlicher Mann.“

§. 8.

Was hier der Zweck der richterlichen Einwirkung iſt.

Der Zweck der richterlichen Concurrenz bei dem nichtſtreitigen Rechtsverfahren iſt kein anderer als:

> den neu zu begründenden Rechten eine dem rechtlichen Intereſſe beider Theile angemeſſene Form zu geben.

Dieß beſtimmt die Stellung des Richters bei dieſem Geſchäftszweige. Die Wahrung des Intereſſe beider Theile iſt es daher, worauf ſein Blick un

verwandt gerichtet ſeyn muß. Der Natur der Sache nach erſcheint alſo der Richter hier mehr in einer aktiven als paſſiven Rolle. Wäre dieß anders, ſo würde für ſeine Thätigkeit gar kein Spielraum übrig ſeyn. Er macht nicht den Richter im ſtrengen Sinn; es iſt hier nicht der Ort, wo er mit entſcheidender Kraft urtheilt, oder richtet. Er ſoll leiten, die eigene Bewegung der Partei auf ein gewiſſes Ziel richten, und ſich dabei bemühen, daß ſie dieſes Ziel ohne Gefahr, ja auf die möglichſt leichte Weiſe erreiche; daher ſoll er auch rathen, nützliche Regeln des Verhaltens bekannt machen. Da er aber gemeinſchaftlicher Freund beider Theile iſt, mithin dem Einen thun muß, was er dem Andern thut, ſo liegt hierin ſchon die Grenze ſeiner Thätigkeit, damit ſie nicht einſeitig ſich äuſſere und in Anwaltſchaft ausarte. Der Akt, den der Richter leitet, ſoll zur rechtlichen Gültigkeit gebracht werden, und wenn dieſer nicht einmal den Rathgeber der einen Partei mit Hintanſetzung der andern machen darf, ſo darf er noch viel weniger ein Werkzeug unrechtlicher Vervortheilung werden.

§. 9.

Auch die gemiſcht freiwilligen Gerichtshandlungen machen keine Ausnahme.

Auch bei den gemiſcht freiwilligen Gerichtshandlungen (actibus jurisd. vol. mixtae) tritt der Richter in keine andere Sphäre des Wirkens. Denn wenn gleich hier causae cognitio und *decisio* ſtatt findet; ſo hat dieſe Entſcheidung doch mit der ſimpeln Aufnahme des Geſchäfts bei den actibus jur. vol. merae einerlei Zweck, nämlich die Rechtsgültigkeit des Geſchäfts, die dem Intereſſe

aller Theile angemeſſen iſt. Das Geſchäft fordert hier nur eine ſtrengere Prüfung ſeiner Verhältniſſe, beſonders in materieller Beziehung. Ein natürlicher oder bürgerlicher Mangel an der perſönlichen Fähigkeit der Intereſſenten ſoll durch die richterliche Einwirkung erſetzt werden; der Richter ſoll hierbei aus Pflicht ſeines Amts ſo handeln, wie die Partei ihres Privatvortheils wegen gehandelt haben würde, wenn bei ihr nicht jenes Hinderniß der Verſtandes- oder Willensfreiheit einträte. Ferner fordert das Geſchäft, bei den gemiſchten, wie bei den reinen nichtſtreitigen Handlungen, nur eine eigenthümliche Aeuſſerung der von dem Richter ausgeübten obrigkeitlichen Gewalt, ich meine den Ausſpruch: daß es gültig ſey, oder die Beſtätigung, welche, wenn ſie auch gleich das Rechtsgeſchäft, beſonders was ſeine innern Eigenſchaften und etwa die Rechte eines Dritten anlangt, nicht über alle Einwendungen erhebt, oder eine Gewährleiſtung ſeiner innern Rechtsbeſtändigkeit ausdrückt, doch eine Vermuthung des geſetzmäßigen Abſchluſſes begründet und überhaupt gleichſam der Schlußſtein des ganzen Geſchäftsgebäudes iſt. So beſtätigt der Richter eine Einkindſchaft auf den Grund einer vorhergehenden Unterſuchung, weil hier die eigenthümlichen Verhältniſſe der Vertragſchließenden eine eigenthümliche Fürſorge der Obrigkeit in Anſpruch nehmen u. ſ. w. Sein Ausſpruch, ſeine Thätigkeit umfaßt und befördert aber das Intereſſe aller Paciſcenten, die nicht, wie im Prozeſſe, verſchiedener Meinung ſind, ſondern deren Abſicht gemeinſchaftlich dahin gerichtet iſt, daß das Geſchäft beſtehe, und die ſich alſo auch ſtillſchweigend zu den Modifikationen verſtehen, welche der Ausdruck von Beſchränkungen der einſeitigen Willkühr ſind, um die Erhaltung der beiderſeitigen Will-

führ in ihrem rechtlichen Spielraume möglich zu machen.

§. 10.

Modalitäten.

Die Frage: wie weit geht die Befugniß und die Obliegenheit des Richters bei den Geſchäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit? hat alſo im Grunde keine Schwierigkeit. Hier hat man mehr von einem zu indifferenten Verhalten, als von zu weit getriebener Energie zu beſorgen, während im ſtreitigen Prozeſſe, nach dem Verhandlungsprinzipe beſonders, das Verhältniß gerade umgewandt iſt. Auch iſt hier das Verfahren von Amtswegen die Regel, und es werden wenige Fälle vorkommen, wo der Richter ungebeten ſein Amt nicht thun dürfte. Wenn man will, kann man daher auch ſagen, daß im nichtſtreitigen Prozeſſe das Unterſuchungsprinzip vorherrſchend ſey.

Sachgemäß ſind die Regeln des Verfahrens, welche die preußiſche Gerichtsordnung im II. Titel des II. Theils vorſchreibt, und ſie ſind ſo ausführlich, daß ſich der Richter nicht nur ſelbſt controlliren, ſondern daß auch die Beurtheilung ſeines Verfahrens in vorkommenden Fällen mit Sicherheit und ohne den Vorwurf erfolgen kann, den der Untere öfters dem Obern macht, daß Willkühr nach Willkühr geahndet worden ſey. Aehnliche Inſtruktionen müſſen alle Geſetzgebungen vorſchreiben, damit die richterliche Thätigkeit weniger auf der perſönlichen größern oder geringern Zuverläßigkeit des Richters, ſomit auf einer nur zufällig haltbaren Grundlage, als auf feſten Beſtimmungen beruhe, welche den Bedenklichen durch die Ausſicht auf Verantwortungsfreiheit bei der Beobachtung er-

muthigen, der regelloſen Willkühr aber Schranken ſetzen[13]).

Betrachten wir die Stellung des Richters bei der Direktion der nichtſtreitigen Rechtsgeſchäfte, ſo finden

13) Leider, daß hier die Legislation mancher Länder ſo wenig als die Doktrin für dieſen Verwaltungszweig bisher gethan hat. Herr v. Gönner hat in ſeinem claſſiſchen Handbuch des Prozeſſes I. Abhandl. V. §. 5. mit Recht gerügt, daß das Verfahren in nichtſtreitigen Rechtsgeſchäften eine bei dem Vortrage der Prozeßtheorie gewöhnlich ganz vernachläſigte Parthie ſey. Er glaubt die Lücke, welche deßfalls bisher alle Schriftſteller im Prozeſſe ließen, ſtamme daher, daß ſie zu ſtark am Worte Prozeß hafteten, zu viele Rückſicht auf die richterliche Gewalt in abstracto nahmen, und dabei die deutſche richterliche Gewalt nach unſern ein mal beſtehenden poſitiven Geſetzen überſahen; deßhalb hätten wir keinen Theil im Rechtsunterrichte, der dieſe Lücke ausfülle. — Allein damit iſt noch nicht geſagt: warum dieß alſo? warum nicht wenigſtens auſſer Verbindung mit dem Prozeß etwas für dieſes Fach geſchieht? So bekommen wir ein Prozeß- Lehr- und Handbuch um das andere, und kein einziges über den nichtſtreitigen Prozeß. Vielleicht liegt die Urſache in der im Eingang dieſes Abſchn. (S. 18.) bemerkten zu geringen Würdigung dieſer Geſchäfte; vielleicht hauptſächlich darin, daß diejenigen, die zu reden wiſſen, nicht zu ſchreiben verſtehen, und diejenigen, die zu ſchreiben verſtehen, zu wenig von der Praxis dieſes Geſchäftszweigs wiſſen, oder: daß die Praktiker zu wenig Theoretiker und die Theoretiker zu wenig Praktiker ſind. So bleibt denn dieſen Geſchäften mit dem ominöſen Namen der willkührlichen Gerichtsbarkeit (wollen wir ihn lieber beibehalten!) leider auch das Weſen der Willkühr und ihren Beſorgern die Befugniß, es nach Gefallen und Belieben ſo oder ſo zu machen.

wir, daß er nach dem Zwecke ſeiner Wirkſamkeit nicht bloß befugt, ſondern auch verpflichtet iſt:

alles dasjenige zu bewirken,

a) was zu der Ueberzeugung führt, daß ein gewiſſes Rechtsgeſchäft auf eine gewiſſe Art wirklich zu Stande gekommen, und rechtlich zu Stande kommen konnte,

b) was zur Erhaltung dieſer Ueberzeugung durch deſſen Beurkundung dient.

Er muß alſo

1) was die Geſchäfte der gemiſcht freiwilligen Gerichtsbarkeit anlangt, die ſchlechterdings vor dem zuſtändigen Richter der Perſon oder Sache vorgenommen werden müſſen, vor allem von ſeiner Competenz ſich vergewiſſern. Dieß iſt alſo der Fall namentlich bei Emancipationen, Adoptionen, Einkindſchaftungen, bei der Abſonderung der noch unter der väterlichen Gewalt ſtehenden Kinder, bei der Verabfachung eines zur zweiten Ehe ſchreitenden Ehegatten mit ſeinen Kindern aus voriger Ehe, bei Vergleichen über künftige Alimente, bei Exemplificationen von Urkunden, bei Veräuſſerung eines Dotalfundus, bei Veräuſſerungen und Verpfändungen von Pupillengütern, bei Ehe- und andern Verträgen der gemeinen Bürger und Landleute, beſonders über Immobilien [14]). Hier kommt es auf Prüfung und Beſtätigung von Seiten des ordentlichen Richters an, wozu nur er aus genauer Kenntniß der ſub- und ob-

14) Mehreres über dieſe Fälle ſ. in m. Schrift: der Geſchäftsmann in Gegenſtänden der öffentlichen und Privatrechtspraxis. Erl. 1818. §. 21.

jektiven Verhältniſſe befähigt iſt, und es kann alſo durchaus keine freiwillige Prorogation des Gerichtsſtandes, keine durch Privatwillkühr begründete Competenz Statt finden, ohne den Zweck der geſetzlichen Anordnung einer nothwendigen gerichtlichen Concurrenz wenigſtens in den meiſten Fällen, wo nicht geradezu zu vereiteln, doch zu erſchweren.

Ferner muß der Richter

2) über die ſubjectiven Verhältniſſe derer, die ein Rechtsgeſchäft unter ſeiner Leitung vornehmen, ſich vollſtändige Gewißheit verſchaffen: ob ſie vertragsfähig ſind, ob legitimirt — zur Sache oder zur Geſchäftsbeſorgung — u. ſ. w. Er muß ferner

3) von der Zuverläſſigkeit und Gewißheit der erklärten Willensmeinung genaue Kenntniß nehmen;

4) das Geſchäft nach den geſetzlichen Erforderniſſen ſeiner Gültigkeit mit ſorgfältiger Umſicht prüfen;

5) Sorge tragen, daß die dem Geſchäft entgegenſtehenden Hinderniſſe gehoben werden, wenn anders nicht die Intereſſenten nach erhaltener vollſtändiger Kenntniß von den geſetzlichen Erforderniſſen darauf beharren, daß auf ihre Gefahr das Geſchäft dennoch vorgenommen werde, wobei es ſodann nur darauf ankommt, daß daſſelbe nichts abſolut geſetzwidriges enthalte, auch nicht ein Dritter dabei Gefahr laufe, deſſen Rechte

6) in alle Wege von Amtswegen zu wahren ſind. Endlich hat der Richter

7) für eine genaue, unzweifelhafte Faſſung der zu errichtenden Urkunde zu ſorgen.

Hier (beſonders auf 5) iſt alſo der Verzicht der Partei auf gewiſſe Vorſichtsmaßregeln nicht

ſchlechthin zureichend, ſo lange nicht feſtſteht, daß beſtimmt nur ſie und ſonſt niemand dabei betheiligt ſey, ob dieſes oder jenes näher ausgemittelt, dieſer oder jener Anſtand der Gültigkeit des Geſchäfts gehoben, dieſe oder jene Förmlichkeit nachgeholt werde. Daß ſelbſt auf ausdrückliches Verlangen einer Partei und wenn auch daraus weiter keine Beſorgniſſe entſtehen, offenbar nichtige Geſchäfte nicht vorgenommen werden dürfen, iſt nach dem Zwecke der Inſtitution der Gerichte überhaupt von ſelbſt einleuchtend.

III.

Die Grenzen des leitenden Richteramts in dem contentioſen Prozeſſe.

---

§. 11.

Die hier eintretenden Beziehungen.

Critiſcher wird die Frage: wo darf der Richter von Amtswegen verfahren? beſonders aber:

> wie weit geht ſeine Befugniß in der Beſorgung des rechtlichen Intereſſe der Parteien?

eigentlich erſt im **ſtreitigen** Prozeſſe.

Digitized by Google

Hier muß man ſich den Richter vor allen in zwei von einander verſchiedenen Stellungen denken:

A) während der Inſtruktion des Prozeſſes in der Ausübung ſeines dirigirenden Amts zum Zwecke der Darlegung und Ausmittelung der ſtreitigen Rechtsverhältniſſe;

B) nach geſchloſſener Verhandlung als erkennenden Richter bei der Vergleichung des Produkts der Inſtruktion mit allgemeinen geſetzlichen Wahrheiten.

Dort (A) beſchäftigt ſich ſeine Sorge hauptſächlich damit, was der Zweck des Prozeſſes: die ordnungsmäßige Vorlegung (und nach dem Unterſuchungsprinzip zugleich die Herſtellung einer unzweifelhaften Erkenntniß) der faktiſchen Verhältniſſe des ſtreitigen Falles zum Behuf des richterlichen Ausſpruchs, der Subſumtion unter das Geſetz, fordert. Hier (B) nimmt ſeine Thätigkeit in Anſpruch

1) nach dem Verhandlungsprinzip: die Reflexion über das, was an den Thatſachen ausgemittelt (als unſtreitig anerkannt oder erwieſen) oder noch auszumitteln iſt, und dann die Vergleichung mit dem Geſetz, wovon das Reſultat entweder ein definitives oder ein interlocutoriſches Erkenntniß (auf Beweis) iſt;

2) nach dem Unterſuchungsprinzip: ſchlechthin die Vergleichung ausgemittelter Thatſachen mit dem Geſetz.

Nach dem letztern Prinzip muß alſo das Reſultat ſchlechterdings ein Definitiv Erkenntniß ſeyn, indem hier Zwiſchenbeſcheide auf Beweis nicht ſtatt finden, wenn ſchon Erſetzungen des in der Inſtruktion auch

in Beziehung auf den Beweis. Ausgelaſſenen jedoch nur mittelſt eines ſimpeln Dekrets anzuordnen, namentlich nach dem preuß. Prozeßverfahren, nichts Ungewöhnliches iſt.

Wir wollen nun in dieſem und in dem folgenden Abſchnitte jeden dieſer beiderlei Standpunkte für den Zweck dieſer Schrift näher betrachten. Daß verſchiedene der auf A. vorgetragenen und entwickelten Grundſätze auch auf B. Anwendung finden, und umgewandt, alſo von der Prozeß-Direktion und Deciſion zugleich gelten, liegt in der Aehnlichkeit und nahen Verwandtſchaft des dekretirenden und des ſententionirenden Richteramts.

§. 12.

Erſte Regel.

Die Frage: wo muß der Richter bei der Prozeßdirektion von Amtswegen thätig ſeyn? und wo bedarf es der Aufforderung der ſtreitenden Theile? berührt ſo verſchiedene Verhältniſſe, ſo manche einander entgegengeſetzte Befugniſſe und Obliegenheiten des Richters von der einen, und der Partei von der andern Seite, daß dieſelbe unmöglich mit einer kurzen Formel erſchöpfend erledigt werden kann, ſondern mehrere Regeln erforderlich ſind. Ich glaube deren vier aufſtellen zu müſſen.

1) Vor allem erſcheint uns zur Formirung der erſten Regel die Partei im bürgerlichen Prozeſſe als ein über ſein Eigenthum diſpoſitionsberechtigtes Individuum, der Richter aber als ein ſolches, dem über jenes Eigenthum keine Verfügung zuſteht. Dieß giebt die

erſte Regel

Die richterliche Thätigkeit in bürgerlichen Rechtsſachen zum Schutze gegen Rechtsverletzungen tritt in Wirkung und beharrt darin nur kraft der Aufforderung der Partei, die ſich in dem Zuſtande des bedrohten oder verletzten Rechts befindet.

Hier gilt alſo der Grundſatz: judex ex officio non procedit, und derſelbe iſt nicht weniger bei der Prozeß-Inſtruktions-Methode nach dem Unterſuchungs- als bei der nach dem Verhandlungs-Prinzipe ſichtbar. Es iſt hier nur der einzige Unterſchied, daß jener Grundſatz nach der letztern Methode durch das ganze Verfahren vorherrſchend iſt, dergeſtalt, daß in der Regel die Willkühr der Partei in dem, was bloß ihr Beſtes bezweckt, nicht nur bei der Einleitung der Rechtshülfe, ſondern die ganze Verhandlung hindurch der richterlichen Thätigkeit wirkſam gegenüber, ja ſelbſt hemmend entgegen ſteht, während es nach dem Unterſuchungs-Prinzip die Regel ausmacht, daß die Partei ihre Willkühr hauptſächlich nur bei der Einleitung des Prozeſſes äuſſert, im Fortgange des Verfahrens aber der Richter ohne weiter eines Anſtoßes zu bedürfen, gleichſam vermöge eines Geſetzes der Beharrlichkeit bis zum Schluſſe verfährt, wenn nicht der ausdrückliche, oder unter gewiſſen Umſtänden [15]) zu vermuthende Wille der Partei, zu deren Beſten eine gewiſſe Einſchreitung erfolgen ſoll, Stillſtand fordert.

---

15) Z. B. wenn ein richterlicher Befehl unter dem Präjudiz der Aktenrepoſition den Kläger auffordert, eine auf den

Dieſer erſten Regel gemäß kann alſo der Richter im bürgerlichen Prozeſſe überhaupt nur vermöge des Verlangens der Partei thätig werden; und darin treffen beiderlei Prinzipe zuſammen. Aber nach dem Verhandlungsprinzip kann er auch nur kraft dieſes Verlangens in ſeiner Thätigkeit beharren, es wäre denn, daß (nach den folgenden Regeln) beſondere Gründe einträten, die auch unaufgefordert ſeine Thätigkeit erheiſchen, namentlich für die Erhaltung des regelmäßigen Prozeßganges und der richterlichen Wirkſamkeit zum Behuf des implorirten Rechtsſchutzes überhaupt, endlich noch aus beſondern Gründen, die in dem Streitgegenſtande und in der Perſon der Streitenden liegen.

Insbeſondere aber kann der Richter im Laufe des Prozeſſes nicht von Amtswegen thätig ſeyn, ſo oft es einer beſondern Einſchreitung zum Beſten einer Partei gilt, die von dieſer nicht ausdrücklich in Antrag gebracht worden, gleichwohl aber auch in dem allgemeinen durch den Angriffs- oder Vertheidigungsantrag ausgedrückten Verlangen des Rechtsſchutzes nicht an und für ſich und nothwendig liegt, und (was man dabei nicht vergeſſen muß) auch

---

Fortgang der Sache Einfluß habende Erklärung abzugeben, oder etwas zu leiſten, den dieſer unbefolgt läßt. Denn auch hier, ſo wie in dem ganzen Verfahren nach dem Unterſuchungsprinzip trifft die Rechtsregel ein: quilibet favori suo renunciare potest. Es iſt überhaupt eine irrige Anſicht des Verfahrens im preußiſchen Civilprozeſſe, der von dem Unterſuchungsprinzip ausgeht, wenn man dafür hält, daß die richterliche Wirkſamkeit hier mit der jeder Rechtsverfolgung zum Grunde liegenden Diſpoſitionsfreiheit in Widerſpruch komme. Mehreres hierüber, um den Vortrag nicht zu unterbrechen, unten in einem beſondern Abſchnitte.

dem Prinzip gemäß als darin liegend angenommen werden darf. So kann alſo der Richter z. B. den nicht antwortenden Beklagten nicht von Amtswegen als contumax behandeln. Denn der Kläger (ſo nimmt man an) hat ſich bei Anſtellung der Klage nicht der Freiheit begeben wollen, die Sache liegen zu laſſen; und es wird vermuthet, daß er dieſelbe habe liegen laſſen, bis er durch ſein Anrufen ausdrücklich das Gegentheil erklärt. Der Richter kann ferner keine Inhibition an den Beklagten erlaſſen, worauf der Kläger nicht ausdrücklich angetragen hat, dem Kläger keine Caution der Koſten oder Wiederklage halben auferlegen, die von dem Beklagten nicht begehrt worden, u. dgl.

§. 13.
Zweite Regel.

2) Der Zweck der Geltendmachung des bedrohten oder verletzten Rechts vor Gericht fordert Mittel, welche von der Thätigkeit theils der Parteien, theils des Richters ausgehen. Aber die Staatsſchutzanſtalt gegen Rechtsverletzungen iſt nach feſten Normen und Grundſätzen organiſirt. Sie ſoll nicht, indem ſie zur Steuerung unrechtlicher Willkühr dienet, unter einer andern Form ſelbſt als Werkzeug derſelben erſcheinen. Daher müſſen der Partei für den Gebrauch der Mittel zum Zwecke Regeln vorgeſchrieben werden, die ſie nicht überſchreiten darf; denn ihre Thätigkeit erſcheint als nothwendige Bedingung und als Theil jenes Organismus. Sie ſoll aber nebenher auch im Gebrauche der ihr dienſam ſcheinenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel gegen die richterliche Willkühr geſichert ſeyn, und dieſe Mittel wie das verfolgte Recht ſelbſt als ihrer freien Verfügung unterworfen be-

betrachtet werden, ſo lange ſie nicht bei dem Gebrauche des Mittels in Widerſpruch mit ihrem Zwecke ſelbſt kommt. In Anſehung der von der Partei anzuwendenden Mittel ergiebt ſich demnach als

zweite Regel

Der Gebrauch oder Nichtgebrauch der Mittel zum Zwecke des verlangten Rechtsſchutzes hängt von der Willkühr der Parteien ab, ſofern nicht von nothwendigen, ſondern nur von nöthigen Mitteln die Rede iſt.

Die Thätigkeit der Partei im Prozeſſe kann ſich nicht auf das Petitum, oder auf den Ausdruck des Verlangens beſchränken, daß der Zuſtand in Beziehung auf ihren Gegner verändert werde (wenn ſie Kläger iſt) oder unverändert bleibe, (wenn ſie als Beklagter erſcheint). Sie muß ihr Recht zur Ueberzeugung des Richters darthun, und dieß geſchieht durch Vorträge an denſelben, deren Stoff, Form, Anzahl und Wirkung die Geſetze beſtimmen. Dieß ſind die Mittel der Bewirkung des Rechtsſchutzes, welche von den Parteien ausgehen. Betrachtet man ſie lediglich als zu den Rechten der Parteien gehörig, wie der Zweck ſelbſt, auf den ſie gerichtet ſind; ſo erſcheint ihr Gebrauch oder Nichtgebrauch unabhängig von Verfügungen der richterlichen Gewalt. Allein einige derſelben ſind nothwendig, oder dergeſtalt weſentlich und unentbehrlich für den Zweck, zu welchem der Rechtsweg betreten worden iſt, daß der geſetzlichen Ordnung nach ohne ſie jener nicht zu erreichen iſt. Der Rechtſuchende muß ſchlechthin den Zweck aufgeben, oder dieſe Mittel anwenden. Dieß iſt der Fall, ſo oft die Partei thätig werden muß für ſolche Stücke des Ver-

fahrens, welche die Geſetze als weſentliche Beſtandtheile des Prozeſſes vorgezeichnet haben, und deren Unterlaſſung alſo eine Nichtigkeit zur Folge haben würde. Hier iſt die Willkühr der Partei untergeordnet der Leitung des Richters; ſie muß ſeinen Anordnungen unbedingt Folge leiſten. Sie muß alſo in der vorgeſchriebenen Form klagen und ſich vertheidigen, und der Richter iſt befugt, unförmliche Libelle zurückzuweiſen, und die Verbeſſerung einer mangelhaften Litisconteſtation anzuordnen. Die Willkühr des Rechtſuchenden hat alſo hier keinen weitern Spielraum, als entweder Folge zu leiſten, oder auf die Rechtsverfolgung oder Vertheidigung zu verzichten. Eben ſo muß ſchlechthin der Beweis der beſtrittenen Thatſachen der richterlichen Anordnung gemäß geführt und die deßfalls vorgeſchriebene Form beobachtet werden. Ueberhaupt müſſen die Parteien alles bewirken, was erforderlich iſt, daß der Richter wenigſtens eine formell gerechte Entſcheidung fällen kann, wenn nicht der Zweck des Rechtsverfahrens durch einen Vergleich erreicht wird.

Dagegen erſcheinen andere Mittel nur als dienlich oder nützlich zur Erreichung der Abſicht der Parteien; in Beziehung auf den vorgeſetzten Zweck der Rechtsverfolgung oder Vertheidigung ſind ſie bloß nöthige Mittel, indem neben ihrem Nichtgebrauch jener Zweck ſich immer als erreichbar denken läßt, wenn ſchon gewiſſer Abſichten willen, welche die Partei haben kann, ja vernünftiger Weiſe haben wird, (alſo bald, bequem und ſicher ihr Recht zu erlangen) ſie von dieſen Mitteln Gebrauch machen muß. An ſich aber hängt der Gebrauch oder Nichtgebrauch der bloß nöthigen Mittel von der Partei ab. Ob dieſelbe alſo (unter übrigens glei-

chen Umſtänden) früher oder ſpäter klagen, eine mehr oder minder vortheilhafte Klageart wählen, bejahend oder verneinend litem conteſtiren, ob ſie excipiren, ihrem Autor den Rechtsſtreit verkündigen, leichtere oder ſchwerere Beweismittel wählen, einen Eid deferiren, zurückſchieben, annehmen, Rechtsmittel einwenden will u. ſ. w., das hängt lediglich von ihr ab. Denn hier handelt es ſich nur von Rückſichten der mehrern oder mindern Zweckmäßigkeit der Mittel, und da dem Richter keine Stimme darüber zuſteht, was den ſtreitenden Theilen nützlich iſt, oder ihren Zuſtand verbeſſert, ſofern als ſie hierüber ſelbſt urtheilen können, ſo kann auch das richterliche Amt hier nur auf Anrufen thätig werden. Ob der Kläger oder der Beklagte den Obſieg davon trägt, iſt zwar höchſt weſentlich für die Abſichten der Streitenden, keineswegs aber für die Tendenz des Rechtsverfahrens, ſoweit als dieſe lediglich auf Beendigung des Streits geht, ſey es auch nur nach den Forderungen des förmlichen Rechts. Dieſer Richtung iſt es nur zuwider, wenn weſentliche Erforderniſſe des Rechtsganges vernachläſſigt werden, keineswegs aber, wenn eine oder die andere Partei vernachläſſigt, was ihrem individuellen Vortheile gemäß iſt. Dort muß alſo der Richter eingreifen, und zwar ſchon kraft ſeines Amts, damit die Staatsſchutzanſtalt gegen Rechtsverletzungen in ihrem Weſen und Wirken erhalten werde, nicht durch Willkühr und Unordnung in ſich ſelbſt zuſammenfalle. Hier würde der Richter, indem er für den Vortheil einer Partei allein (und dieß müßte immer der Fall ſeyn) thätig würde, in den doppelten Fehler verfallen, einmal der einſeitigen Begünſtigung und dann einer vormundſchaftlichen Anmaßung. Niemand kann es daher einer Partei wehren, Thatſachen einzuräumen,

worüber ſie noch hätte Beweis fordern können, und kraft der Diſpoſitionsfreiheit über ihr Eigenthum kann ſie einen verdächtigen Zeugen für glaubwürdig, eine ſimple Abſchrift ohne Produktion der Urſchrift für beweiſend anerkennen. Denn wenn gleich eigentlich dem Richter der Beweis geführt wird, ſo enthält jenes doch keine Inconſequenz, ſofern als an die Stelle des Zeugen- oder Urkundenbeweiſes hier das Zugeſtändniß tritt.

Vornehmlich aber äuſſert ſich die Freiheit der Parteien in der Wahl der Mittel (und dieß ſchon vermöge der Grundſätze, worauf ſich die vorige Regel ſtützt) in Anſehung des Hinderniſſes, welches der Ungehorſam (contumacia) der Gegenpartei verurſacht. Denn hier wird in alle Wege eine Contumacial-Anklage des bei dem Fortgange des Prozeſſes Betheiligten vorausgeſetzt, wenn der Richter für dieſen Fortgang thätig zu werden befugt ſeyn ſoll. Dieß beſtimmen einmal die Geſetze zu Folge des Verhandlungsprincips, indem ſie nicht verhindert wiſſen wollen, daß der unter dem Ungehorſam Leidende ſich leidend verhalte, vielmehr jede Einſchreitung von Amtswegen für einen Eingriff in deſſen Freiheit anſehen. Sie betrachten auch die contumacia nicht als Ungehorſam gegen die dem Richter ſchuldige Achtung, worauf eine Strafe im eigentlichen Verſtande folgen müßte, ſondern bloß als ein Verſäumniß deſſen, der contumax iſt, wodurch er ſich dem darauf geſetzten Nachtheil unterwirft, wenn der Andere den geſetzlich vorgezeichneten Gebrauch ſeines dadurch erworbenen Rechts macht, nämlich eine Contumacial-Anklage erhebt[16]. Einige beſcheidene Zweifel gegen

16) Martin's Lehrb. des ꝛc. Prozeſſes §. 117. S. 167. (V. Aufl.)

die Vernunftmäßigkeit dieſer Behandlung behalte ich mir auf den V. Abſchn. bevor. So erſcheint alſo überhaupt der raſche oder ſchläferige, der mehr oder minder geſchickte Betrieb der Sache, überhaupt alles, was den Zweck der Rechtsverfolgung oder Vertheidigung, ohne ihn eben geradezu unmöglich zu machen, mehr oder weniger erſchwert, bloß als nützliches, nicht als nothwendiges Mittel zu demſelben. Uebrigens enthalten die Geſetze zur Anwendung der gemachten Claſſifikation der Mittel im concreten Falle die nöthigen Anweiſungen, und da wo ſie dunkel ſcheinen ſollten, wird eine aufmerkſame Betrachtung über das Weſen und die Forderungen des Rechtsverfahrens jeden, dem es um Wahrheit zu thun iſt, das Rechte erkennen laſſen.

§. 14.

Dritte Regel.

3) Die Geltendmachung eines verletzten Rechts fordert aber auch Mittel von der Thätigkeit des Richters. Dieſer iſt kein nach Belieben der Parteien zu gebrauchendes Werkzeug; er handelt ſelbſtſtändig und er handelt nach Kunſtregeln. Wo daher die Willkühr der Partei mit den Grundſätzen in Widerſpruch geräth, wodurch die richterliche Wirkſamkeit das wird, was ſie ſeyn ſoll, iſt jene unſtatthaft. Es iſt daher z. B. die Nachſuchung einer widerrechtlichen Verfügung ſelbſt auf Gefahr des Nachſuchenden (periculo petentis) unzuläſſig; eben ſo das Verlangen, irrelevante Beweismittel aufzuneh-

Grolmans Theorie des ger. Verfahrens §. 130. S. 243. (2. Aufl.)

v. Gönner's Handb. des ꝛc. Prozeſſes 1. Bd. 21. Abh.

men, wenn auch der Producent die Koſten zu erſtatten ſich bereit erklären ſollte[17]. Das Richteramt erſcheint übrigens als eine aus Gründen für das öffentliche Wohl geordnete Anſtalt, und es ſind derſelben durch geſetzliche Beſtimmungen die Modalitäten und Grenzen ihrer Wirkſamkeit genau vorgezeichnet. Man kann von dieſer Anſtalt nach Willkühr (agendo vel defendendo Gebrauch machen; hat man es aber gethan, ſo muß man auch ihre Wirkſamkeit nach den Regeln derſelben anerkennen. Hieraus ergiebt ſich daher als

dritte Regel

Die Willkühr der Partei iſt ausgeſchloſſen in allem, was Bedingung der Wirkſamkeit des Richters für den Zweck ſeines Amts überhaupt iſt, der Richter alſo hier auch unaufgefordert zur Thätigkeit befugt und verpflichtet.

Der Richter handelt alſo aus eigener Gewalt in Anſehung alles deſſen, was ſeine amtliche Wirkſamkeit fordert, um das zu ſeyn, was ſie nach geſetzlichen Beſtimmungen ſeyn ſoll, ohne daß es eines ausdrücklichen Antrags oder einer Genehmigung von Seiten der ſtreitenden Theile bedarf. Seine Autorität, die Abwendung von Handlungen oder Unterlaſſungen der Parteien oder ihrer Anwälte, die mit dem geſetzlich vorgezeichneten Rechtsgange unverträglich ſind, ſind Bedingungen ſeiner Wirkſamkeit, folglich für ſich ſelbſt Aufforderungen zur Thätigkeit. Sie

---

17) Mev. P. III. Decis. 241.

geltend zu machen iſt keine Aufforderung der Partei nöthig, die zwar den Richter zum Richter über ſich, (nach der Freiheit ihr Recht zu vertheidigen oder daſſelbe aufzugeben) nicht aber zum Richter gemacht hat; jener Wirkſamkeit entgegen zu wirken, würde rechtswidrig ſeyn, da ſie auf Geſetzen beruht, zugleich aber auch zweckwidrig, weil nur durch die richterliche Thätigkeit hier der Zweck der Prozeßführung, die Erlangung des Rechtsſchutzes erreichbar iſt.

§. 15.

Richtungen der richterlichen Thätigkeit gemäß der dritten Regel.

Kraft dieſer Autorität des Richters ſorgt derſelbe:

I. **Für Bewirkung alles deſſen, was dem Zwecke der Prozeßführung gemäß, und für Entfernung deſſen, was ihm hinderlich iſt,** namentlich alles deſſen, woraus Nichtigkeiten des Verfahrens entſtehen könnten. Ausserdem, daß er überhaupt für die Einleitung des Verfahrens (durch Mittheilung und Ladung) ſorgt, liegt ihm weſentlich die Erhaltung der Ordnung deſſelben ob. Er läßt es alſo bei offenbar unſtatthaften Klagen nicht zur Verhandlung kommen, und verfügt die Verbeſſerung fehlerhafter Klaglibelle[18]); er ordnet in gewiſſen Fällen[19]) Anwälte von Amtswegen zu; er ergänzt den Einwand des unzuſtändigen Richters, wenn er in der Sache abſolut incompetent iſt, alſo eine Prorogation nicht ſtatt findet; eben ſo ergänzt er den Einwand der Unfähigkeit zur Praxis von Seiten eines Sachwalters,

---

18) Martin a. a. O. §. 141.

19) Ebendaſ. §. 79.

der mangelhaften Legitimation zur Sache und zum Prozeſſe, und deßhalb auch die exc. cautionis de rato[20]), ſowie den Einwand der mehrern Streitgenoſſen[21]). Ferner:

Er giebt dem bei einem Prozeſſe betheiligten Dritten zur Wahrung ſeiner Gerechtſame Nachricht, ſofern dieß eine Wirkung der amtlichen Fürſorge für den Legitimationspunkt iſt[22]). Er verwirft eine fehlerhafte Litisconteſtation und zerſtörende Einreden, denen es an einem Rechtsgrunde gänzlich mangelt, oder ordnet, wenn bloß die zu deren Begründung vorgetragene Geſchichtserzählung mangelhaft erſcheint, deren Verbeſſerung an[23]); er verwirft inepte und irrelevante Poſitionen und Reſponſionen[24]), eine offenbar unzuläſſige Beweisantretung, vorbehältlich der beſſern, wenn der Beweistermin noch nicht abgelaufen[25]); er verfügt die Einnahme eines Augenſcheins, wenn er ihm dienſam ſcheint, und zieht Sachverſtändige bei[26]); er verfügt eine nochmalige Vernehmung unvollſtändig oder dunkel ausſagender Zeugen[27]); er iſt ſogar befugt, wenn einem Zeugen von dem Pro-

20) ibid. §. 35, 74 und 299.

21) Danz Grundſ. der ord. Proz. (IV. Ausg.) §. 40. S. 120.

22) Gönners Handbuch I. 13te Abhandl. §. 5. S. 309. 19te Abhandl. §. 9.

23) Danz Grundſ. des ord. Proz. §. 194.

24) Boehmer in cit. tract. c. III. §. 11.

25) Martin l. c. §. 185. II.

26) Ebend. §. 124. S. 203.

27) Boehmer l. c. c. IV. §. 11.

dukten der Eid erlaſſen worden, hinterher aber Zweifel über die Richtigkeit der Ausſage entſtehen, die Vernehmung von Amtswegen zu wiederholen, und den Zeugen ſchwören zu laſſen[28]; er formirt Fragſtücke von Amtswegen[29]; er verbeſſert Mängel an der Eidesdelation nach den Forderungen des Beweisthema[30]) und verwirft Eideszuſchiebungen über unerhebliche Thatſachen, ſo wie in geringfügigen Gegenſtänden[31]), vorausgeſetzt, daß ohne dieſes Mittel auch in ſolchen Gegenſtänden überhaupt eine rechtliche Entſcheidung möglich iſt[32]). Er fällt einen Präcluſivbeſcheid von Amtswegen, wenn von einer Nothfriſt oder von einem ipso jure peremtoriſchen Termin die Rede iſt[33]); eben ſo prüft er die Formalien und Fatalien

28) Mev. Part. V. Dec. 242.

29) c. 37. X. de test. Grolman l. c. §. 133. S. 253. n. a.

30) Gönners Handbuch des Proz. I. S. 266. II. n. XLIX.

31) Claproth's Einl. in den ordentl. bürgerl. Prozeß (4. Aufl.) II. §. 321. S. 552.

32) Denn es können Fälle eintreten, wo nicht einmal ein Schnitterurthel nach Lage der ausgemittelten Thatſachen möglich iſt; und doch — muß erkannt werden, wenn die Parteien ſich ſchlechterdings nicht vergleichen wollen. Wer ſollte indeſſen, und zwar nicht bloß aus Gründen der Moral und Religion, ſondern ſelbſt der Klugheit, nicht wünſchen, daß die Prozeßgeſetzgeber in geringfügigen Sachen ein anderes Auskunftsmittel ergriffen, und nicht dadurch, daß ſie den Eid überall als zuläſſig erklären, ihn endlich nirgends mehr als zuverläſſig erkennen können? Die ehrliche Verſicherung eines Mannes von gutem Leumund wäre unter übrigens gleichen Umſtänden in Bagatellſachen wohl hinreichend.

33) Gönner's Handbuch I. S. 258. §. 17.

eines eingewandten Rechtsmittels[34]); erkennt eine an ihn gelangte Appellation für deſert oder für unzuläſſig; benennt Commiſſarien nach der Natur gewiſſer Prozeßhandlungen[35]); verfügt nach eigenem Befinden die Transmiſſion der Akten[36]); nimmt die Sache für beſchloſſen an, und hebt nach Befinden den Aktenſchluß wieder auf[37]); er verhängt auch, wenigſtens auſſerordentlicher Weiſe, von Amtswegen eine proviſoriſche Sequeſtration in ſtreitigen Beſitzfällen[38]); — — ohne daß es in allen dieſen Fällen auf das Anrufen der Parteien ankäme. Daß er im übrigen zur Prüfung der Rechtlichkeit der Anträge einer Partei keiner beſondern Aufforderung bedarf, liegt in ſeinem urtheilenden richterlichen Amte.

---

34) ibid. S. 271.

35) Mev. P. VIII. D. 128.

36) Martin §. 67.

37) Beſonders in den von Danz l. c. §. 212. bemerkten Fällen, nehmlich 1) wenn in der zweiten Handlung des Beklagten Dupliken in dem geſetzlichen Sinne gehörig vorgebracht, oder in dem Exceptionsſatze ausgelaſſene, jetzt noch zuläſſige Einreden nachgetragen worden ſind. 2) Wenn die Streitfrage in den Thatumſtänden noch nicht ſo weit beſtimmt iſt, daß in der Sache ein Urthel gefällt werden kann. 3) Wenn etwa vorher noch ein Augenſchein einzunehmen, oder ein Riß oder ein Stammbaum, ohne welchen der ſtreitige Fall entweder gar nicht, oder doch nicht füglich verſtanden werden kann, zu den Acten zu bringen iſt. 4) Wenn mehrere Streitgenoſſen zu einer Sache gehören, ſelbige zwar vorgeladen ſind, aber ihre Nothdurft noch nicht beigebracht haben.

38) Böhmer l. c. c. IV. §. 8. Mev. P. VII. Dec. 147.

§. 16.

Fortſetzung; Gewalt des Richters bei der Beweisführung.

Es iſt an mehrern Stellen dieſes Abſatzes von der Gewalt des Richters rückſichtlich der Beweisführung die Rede geweſen. Ich muß noch etwas hierbei verweilen. Bei der Beantwortung der Frage: wie weit geht die Befugniß des Richters zur poſitiven Thätigkeit in der Beweisführung? hat man dreierlei zu unterſcheiden: 1) was iſt zu beweiſen? 2) wer ſoll beweiſen? 3) wodurch (durch welche Mittel) iſt zu beweiſen?

Die erſte Frage: was iſt zu beweiſen? oder die Regulirung des Beweisſatzes hängt lediglich von dem Richter ab. Dieß iſt auch der Fall bei der zweiten Frage: wer ſoll beweiſen? ſofern als ſie ſtreitig iſt. Anders verhält ſichs aber mit der dritten Frage, oder mit den Beweismitteln. Die Wahl derſelben iſt ſchlechthin der Willkühr der Parteien, denen die Beweislaſt obliegt, vorbehalten. Denn dieſe Beweismittel gehören bloß zu den nützlichen Mitteln der Rechtsverfolgung oder Vertheidigung. (2te Regel.) Dem Richter kommt es nach dem Verhandlungsprinzip nicht zu, die Beweismittel aufzuſuchen; er darf nicht von Amtswegen Zeugen abhören, nicht Urkunden zu den Akten ziehen, worauf ſich der Beweisführer nicht berufen hat[39]); er kann der Natur ſeiner Stellung nach überhaupt nicht Beweis führen, ſondern er läßt ſich denſelben führen. Aber, wie vorhin ſchon bemerkt worden, er nimmt auch unauf-

---

39) v. Gönner's Handb. des Prozeſſes I. Band X. Abhandl. §. 22. S. 263. (der 2n Aufl.)

gefordert einen Augenſchein ein, und zieht eben ſo von Amtswegen Kunſt- und Sachverſtändige zu. Er thut dieß in jedem Momente des Prozeſſes, ohne daß ihm ſelbſt die ſchon abgelaufene Beweisfriſt die Hände zu binden vermöchte. Der Grund dieſer ſcheinbaren Anomalie liegt, nach v. Gönner's Darſtellung[40]) darin, daß der Beweis durch Augenſchein und Sachverſtändige nicht eigentlich zu den Beweismitteln gehört. Wenn der Richter zu dieſen Mitteln der Aufklärung einer ſtreitigen Thatſache ſchreitet, ſo geſchieht es vermöge der in dem Zwecke ſeines Amts liegenden Befugniß, über das, was ihm bei der Reflexion zweifelhaft erſcheint, ſich die möglichſte Klarheit zu verſchaffen. Iſt alſo ein richtiges Urtheil über ein ſtreitiges faktiſches Verhältniß abhängig von phyſiſcher Anſchauung, ſo erfolgt ein Augenſchein, der die Merkmale eines ſtreitigen Gegenſtandes aus dieſem ſelbſt darſtellt. Iſt das Verhältniß von der Art, daß es nur einem kunſtgeübten Sinne mit der erforderlichen Zuverläſſigkeit erkennbar iſt, z. B. die Aechtheit eines Edelſteins, der körperliche Zuſtand eines als fehlerhaft behaupteten Pferdes, die zweifelhafte Beſchaffenheit eines Kunſtwerks: ſo iſt ein Kunſtverſtändiger erforderlich, der gleichſam als Gehülfe des urtheilenden Richters auftritt. Man kann dieſen Kunſt- oder Sachverſtändigen nur uneigentlich einen Zeugen nennen. Sein Wirkungskreis iſt von dem des letztern weſentlich verſchieden. Der Zeuge bekundet ſinnliche Wahrnehmungen; der Sachverſtändige urtheilt über Verhältniſſe nach Kunſtregeln. Bei dieſem iſt der Verſtand thätig durch die Vergleichung,

---

40) Handb. II. 44ſte und 45ſte Abhandl.

bei jenem das Gedächtniß in Wiedergebung deſſen, was er mit den Sinnen vernommen hat.

Man braucht aber auch meines Erachtens den Beweis durch Augenſchein und Sachverſtändige nicht aus der Reihe der Beweismittel zu verbannen, und das Ungewöhnliche der Stellung des Richters gegen denſelben ſich zu erklären. Der Grund hievon ſcheint mir vielmehr in der Eigenthümlichkeit dieſes Beweiſes zu liegen, in ſeiner Publicität, oder in der Oeffentlichkeit ſeiner Exiſtenz und Relevanz. Darin liegt das Abweichende von den übrigen Beweisarten. Denn

> während bei dem Beweis durch Zeugen, Eid, Urkunden der Richter nur die Frage: was zu beweiſen iſt, und wer zu beweiſen hat? ſich beantworten kann, nicht aber die Frage: womit bewieſen werden wird? — waltet bei dem Beweiſe, der durch Augenſchein oder Kunſtkenner zu bewirken iſt, rückſichtlich aller 3 Fragmomente nirgends ein Zweifel ob.

Dort kann der Richter nicht wiſſen, wie das zu Beweiſende bewieſen werden kann. Ohne daß die Partei den Mund öffnet, bleibt dem Richter unbekannt, ob ſie den zu erweiſenden Satz durch Zeugen, durch Urkunden oder Eideszuſchiebung darthun wird. Sie muß alſo reden, und damit der Prozeß nicht ewig dauert, muß ſie in einer vorgeſchriebenen peremtoriſchen Friſt reden. Ganz anders iſt es bei dem Beweiſe durch Augenſchein und Sachverſtändige. Kaum iſt hier dem Richter der Zweifel über die Thatſache entſtanden, und ſchon zeigt ſich ihm auch ſogleich das einzig zweckmäßige Mittel, denſelben zu heben. Wenn alſo z. B. der Beklagte den Einwand der Zahlung vorſchützt, deſſen Richtigkeit der Kläger wider-

ſpricht, ſo weiß ich als Richter, was zu beweiſen iſt und wer zu beweiſen hat, nicht aber, ob der Beweis durch Zeugen, Urkunden oder Eid geführt werden will. Entſteht aber Zweifel über die Aechtheit eines Diamanten, ſo weiß ich auch ſogleich, daß mir hierüber nur ein Sachverſtändiger zweckmäßig Auskunft geben kann, und kann ſich der Richter keine Vorſtellung von den örtlichen Verhältniſſen bei einem Gränz- oder Servitutprozeß machen, oder iſt die Richtigkeit der davon übergebenen Zeichnung widerſprochen, ſo ſagt ihm eine ganz gewöhnliche Ueberlegung, daß er ſich an Ort und Stelle verfügen müſſe.

Unter dieſen Geſichtspunkt die Sache geſtellt rechtfertigt es ſich auch, daß der Richter nach Befinden einen ſchon abgehörten Zeugen zu jeder Zeit von Amtswegen noch einmal vernehmen, Urkunden, worauf ſich bezogen wird, die aber noch nicht zu den Akten gekommen ſind, ſich vorlegen laſſen, daß er die Formel des deferirten Eides dem Bedürfniß des Beweisthema anpaſſen kann. Denn hier fragt der Richter nicht mehr: ob und wie bewieſen werden kann? Die beweispflichtige Parthei hat hierauf ſchon geantwortet, indem ſie den Zeugen produzirte ꝛc. Eben ſo hat dem Richter ſeine Reflexion ſchon den Augenſchein und den Kunſtverſtändigen als allein ſtatthaftes Mittel zur Erforſchung der Wahrheit bezeichnet. Es wird alſo nur noch gefragt: kann ſo und ſo bewieſen werden? oder welche Reſultate hat das bezeichnete Beweismittel? und dieſe Frage beantwortet ſich lediglich durch einen Akt des innern Sinnes, oder der Reflexion; oder mit andern Worten: es gilt nicht mehr der Nachfrage um ein Hilfsmittel, ſondern nur ſeinem Gebrauch und ſeiner Wirkſamkeit.

§. 17.

Weitere Richtungen der Thätigkeit des Richters nach der dritten Regel. (§. 14).

Wir haben oben (§. 15). die erſte Richtung der Thätigkeit des Richters kraft ſeines Amts kennen gelernt: es ſind deren noch zwey übrig. Er ſorgt nämlich ferner unaufgefordert

II. auch für die Beſchleunigung und Abkürzung der Prozeſſe [1]), da ſelbige, wenn ſchon ein unvermeidliches, doch immer ein Uebel in der bürgerlichen Geſellſchaft ſind.

Er beſtimmt daher ohne Einwirkung einer Partei die Termine, wann? und die Friſten, in welchen? ſeinen Anordnungen Folge zu leiſten; ſchneidet Prozeſſe über ganz geringfügige Händel ab [42]); ſorgt für vereinigte Behandlung connexer Sachen, und weiſt eine Klage, die verbundene Gegenſtände trennt, auch von Amtswegen zurück [43]); beugt Verſchleppungen der Parteien und ihrer Anwälte vor, und verſucht unaufgefordert die gütliche Beilegung des Streits wiederholt und in jeder Lage des Prozeſſes [4]); er beſchränkt überflüſſige Friſtgeſuche und verpflichtet mehrere Streitgenoſſen zur Aufſtellung eines gemeinſchaftlichen Anwalts [45]). Endlich

41) L. 13. pr. C. de jud. und zwar nach richterlichem Ermeſſen R. A. de 1654. §. 34.

42) Böhmer l. c. c. III. §. 3. Cod. jur. bav. jud. c. III. §. 3. n. 1.

43) Claproth a. a. §. 101. S. 526.

44) Martin a. a. O. §. 308.

45) Mev. IV. Dec. 63. In Betrachtung der dem Richter hier eingeräumten Befugniſſe erſcheint es daher in der That

III. handhabt er die Polizei bei der Prozeßführung durch Steuerung jedes Unfugs, Zurückweiſung anzüglicher Eingaben, Beſtrafung ſchmähſüchtiger oder ſonſt die Ordnung übertretender Parteien und Sachwalter u. ſ. w. überall, ohne daß es des Antrags einer Partei bedürfte, daher er auch den Bosheitseid von Amtswegen auferlegt[46])

§. 18.

Vierte Regel.

Ich habe bisher gezeigt, daß die Willkühr der Partei bei der Prozeßinſtruktion frei iſt: a) in Anſehung des Zwecks der Rechtsverfolgung (erſte Regel) b) in Anſehung der für ihren Zweck von ihr geſetzlich anzuwendenden Mittel (zweite Regel); hier jedoch c) mit Rückſicht auf die Bedingungen der Aufrechthaltung des richterlichen Amts in ſeiner Wirkſamkeit, (dritte Regel). Wiefern d) jene Willkühr der Partei durch beſondere Umſtände und Eigenheiten des Streitgegenſtandes und der Perſonen ausgeſchloſſen ſeyn kann, davon wird nun noch bei der vierten Regel die Rede ſeyn.

4) Da

---

nicht ganz billig, daß man es hauptſächlich den Advokaten zur Laſt legt, wenn Prozeſſe verſchleppt werden. Wenigſtens zeugt es von der Schwäche der Richter, welche die Mittel zur Steuerung dieſes Unfugs in den Händen haben, und demſelben doch nicht zu wehren vermögen. Richtig bemerkt daher ſchon l. 13. §. 1. C. de judiciis (3, 1.) hoc etenim (die Abkürzung der Prozeſſe) judicialis magis esse potestatis, nemo est, qui ignoret. *Nam si ipsi* (judices) *noluerint, nullus tam audax invenitur, qui possit invito judice litem protelare.*

46) Martin §. 301.

4) Da das richterliche Amt zugleich mit einem Theile der vollziehenden Staatsgewalt beauftragt iſt, und vornehmlich mit der Fürſorge für die Aufrecht- haltung des Rechtsſtandes da, wo die individuellen Intereſſen der Streitenden zugleich die allgemeinen der bürgerlichen Geſellſchaft berühren, und dann auch zum Beſten gewiſſer Perſonen, die ſelbſt ihr Wohl gehörig zu berathen unvermögend ſind; ſo mußten dem Richter dieſem Zwecke angemeſſene Befugniſſe beigelegt werden. Daraus folgt als

vierte Regel

Die geſetzlich begünſtigte Eigenſchaft des Streitgegenſtandes oder einer Partei kann für ſich allein die Thätigkeit des Richters auch da in Bewegung ſetzen, wo dieß ſonſt (II Regel) nur die Willkühr der ſtreitenden Theile vermag.

Dieſer Grundſatz zeigt ſich alſo fruchtbar und lebendig im ganzen ſummariſchen Prozeßverfahren, deſſen ganze Anlage auf eine ausgedehntere Gewalt des Richters berechnet iſt, als dieß nach der ſtrengen Regel der Verhandlungsmethode eigentlich ſeyn ſollte. Ich glaube hier etwas verweilen zu müſſen. Je folgenreicher mehr oder minder richtige Vorſtellungen von dem Geiſte, den Eigenheiten und Beziehungen des ſummariſchen Prozeſſes auch da ſind, wo von der Fixirung der Grenzen der richterlichen Gewalt die Rede iſt, um deſto weniger wird man dieſes Verweilen für eine unnütze Ausſchweifung halten.

Ich habe geſagt, der ganze ſummariſche Prozeß ſey auf eine ausgedehntere Gewalt des Richters berechnet, und die aufgeſtellte vierte Regel gelte beſonders von ihm. Ich gehe noch weiter und behaupte: ſofern als neben der Geringfügigkeit eines Streitgegenſtandes auch perſönliche Rückſichten für gewiſſe Rechtſuchende (mitleidswürdige Perſonen, gemeine Landleute [47])) oder ſelbſt ſogar die Eigenſchaft und beſondere Verfaſſung eines Gerichts, namentlich eines Untergerichts [48]) ein ſummariſches Verfahren begründen, kann man annehmen,

> daß die aufgeſtellte Regel, indem ſie in dem ganzen ſummariſchen Prozeße gilt, damit zugleich (in Rückſicht auf die Menge der Prozeſſe bei den Untergerichten) bei dem größten Theile der Streitigkeiten über Mein und Dein zur Führerin diene.

Man kann dieſe Behauptung durchaus nicht für ausſchweifend halten, wenn man erwägt, daß bei den Untergerichten ordentlicher Weiſe, ja ſelbſt bei Gegenſtänden, die ſich zum ordentlichen Prozeß eignen z. B. bei Servitutſtreitigkeiten, ſobald ſich die Parteien keine Sachwalter annehmen, ein mündliches Verfahren eintritt, welches ſeiner Natur nach die Beobachtung mancher Formen ausſchließt, die bei dem ſchriftlichen Verfahren im ordentlichen Prozeſſe ſtatt finden.

Suchen wir nun nach dem Geiſte des ſummariſchen Prozeß-Inſtituts, ſo zeigt ſich uns, daß

47) und dergleichen; conf. Claproth's Einl. in ſämmtl. ſumm. Prozeſſe (IV. Aufl.) Abſchn. 1. §. 4. S. 32.

48) v. Gönner's Handb. IV. Band S. 10.

Gründe des öffentlichen Wohls in den Fällen, wo dieſe Prozeßart eintritt, es nothwendig machen, daß die Rechtsverfolgung einen eigenen Gang nehme, der ſich vorzugsweiſe durch Kürze und eine gewiſſe Energie, beſonders durch die Abſchneidung mehrerer Förmlichkeiten des ordentlichen Verfahrens für ſeinen Zweck auszeichnet. Damit iſt keineswegs behauptet, daß der ſummariſche Prozeß ein ſolcher ſey, wo Richter, Parteien und Anwälte, nach Gefallen von dem ordentlichen Verfahren beibehalten könnten, was ſie möchten; wo ſie beliebige Formen des Verfahrens anzuwenden befugt wären; alſo gleichbedeutend mit einem regelloſen, tumultuariſchen Prozeß. Man iſt längſt zu weit in der prozeßtheoretiſchen Aufklärung vorgeſchritten, um hier noch einer Berichtigung der Vorſtellungen zu bedürfen. Selbſt daran denkt wohl niemand mehr, daß es ſich hier ſchlechthin von Abſchneidung gleichgültiger und ganz auſſerweſentlicher Formalitäten handele. Denn wäre dieß, ſo wäre es unverzeihlich, länger einen ordentlichen Prozeß zu dulden, und für das Bittere und Unholde eines Rechtsſtreits gleichſam durch gewiſſe darin vorkommende Haupt- und Staats-Aktionen ſich entſchädigen zu laſſen. Der Grund des ſummariſchen Prozeſſes liegt keineswegs in der Vorſtellung, daß die, in dem ordentlichen beobachteten, mehrern Formalien für das Weſen der Sache ungefähr das ſeyen, was das Ceremoniell in der Völkerrechtspraxis. Das Verfahren im ordentlichen Prozeſſe iſt und bleibt auch im ſummariſchen die Regel. Hier wird nur aus beſondern überwiegenden Gründen, die dem Zweck aller Prozeßführung, der Ertheilung des Rechtsſchutzes, nicht nur gemäß, ſondern demſelben ſogar, nach den beſondern Umſtänden und Eigenheiten des Falles, mehr zuſagen, eine

Ausnahme [49]) geſtattet, ſo wie man ſonſt in der öffentlichen Verwaltung eben ſowohl, wie im gemeinen und häuslichen Leben öfters die gewohnte Maxime des Handelns verlaſſen muß, um gewiſſe Abſichten ſicherer zu erreichen. Die Sache rechtfer-

49) Daß in dem ſummariſchen Prozeſſe keine weſentliche Erforderniſſe des Verfahrens auſſer Acht gelaſſen werden dürfen, ergiebt ſchon eine nähere Betrachtung der genetiſchen Verhältniſſe beider Prozeßarten. Es leuchtet in die Augen, daß, ſo wie immer das Einfachere früher da war, als das Zuſammengeſetzte, auch der ſummariſche Prozeß älter ſeyn muß, als der ordentliche, ja daß jener eigentlich die Mutter von dieſem iſt. Denn unmöglich kann man ſich vorſtellen, daß das Gebäude des ordentlichen Prozeſſes wie die Welt aus nichts entſtanden, daß das ganze Verfahren nach demſelben, mit allen ſeinen unzählbaren Modifikationen, in ſeiner jetzigen Geſtalt urplötzlich wie Pallas aus dem Gehirne Jupiters entſprungen ſey. Offenbar iſt unſer ordentlicher Prozeß ein Aggregat von mehrern nach und nach zur Verdämmung der einreiſſenden Willkühr gegebenen Verordnungen entſtanden, die dem bisher Beobachteten neue Modifikationen hinzufügten. Indem nun dadurch die Willkühr zurückgedrängt wurde, blieb aber auch auf der andern Seite der freithätigen Bewegung der Richter überhaupt ein ſo enger Spielraum übrig, daß denſelben nun auch da, wo die Natur des Prozeßgegenſtandes ein regeres Leben forderte, die angelegten Feſſeln ein Hinderniß zweckmäßiger Thätigkeit wurden. Man mußte daher für dieſe Fälle von den vorgeſchriebenen Beſchränkungen nachlaſſen, jene der richterlichen Willkühr angelegten Feſſeln etwas erweitern. So entſtund denn der heutige ſummariſche Prozeß, oder vielmehr er blieb, was er urſprünglich für alle Streitfälle war, nun nur noch für die ausgezeichneten. Da alſo hierbei nur einzelne Modifikationen (beſonders Förmlichkei-

tigt ſich von ſich ſelbſt. Die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch Abſchneidung von Formalitäten des ſonſt im ordentlichen Prozeſſe geltenden Verfahrens iſt hier nicht ſo bedenklich, als die Wahrſcheinlichkeit der aus einer verzögerten Rechts-

---

ten des Verfahrens, die nur zur Erreichung eines höhern Grades von Zuverläſſigkeit des regelmäßigen Ganges eingeführt worden) erlaſſen ſind, nach Art einer ſtreng auszulegenden Diſpenſation von dem Geſetz: ſo iſt klar,

1) daß weſentliche Beſtimmungen hierunter nicht begriffen werden konnten, weil nicht dieſe, ſondern nur die hinzugekommenen Modifikationen, als für gewiſſe Fälle unpaſſend und hindernd, weggeſchafft werden mußten;

2) daß, ſelbſt wenn man den ordentlichen Prozeß in ſeinen Formen mehr vereinfacht (was allerdings möglich und räthlich iſt), dieſer in alle Wege die Regel, der ſummariſche, beziehungsweiſe doch immer kürzere, Prozeß aber die Ausnahme iſt und ſeyn muß;

3) daß, da Ausnahmen als etwas Aufferordentliches nicht zu vermuthen ſind, es überall bei der Regel bleibt, wo nicht der ausdrückliche oder aus dem nächſten unzweifelhaften Grund eines Geſetzes zu erklärende Wille deſſelben eine Ausnahme zuläßt.

Uebrigens liegt es in der Natur der Sache, daß das Geſetz nicht alle einzelne Modifikationen, die als erlaſſen anzuſehen ſind, auszeichnen kann, und daß hier vieles dem vernünftigen richterlichen Ermeſſen überlaſſen werden muß, weil die Geſetze überhaupt nicht als bloße Leiſten betrachtet werden ſollen und können. Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut Senatusconsultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet. L. 12. D. de legibus.

hülfe oder zweckwidrigen Behandlung entſtehenden Gefahr oder Nachtheile. Es giebt auch hier, wie an dem menſchlichen Körper, Krankheitszufälle, wo eine ſorgſam bedächtliche Pflege gefahrdrohender wäre, als die Anwendung eines draſtiſchen Mittels.

§. 19.

Motive.

Die Geſetzgebung geht hierbei beſonders aus von Betrachtungen

a) eines Mißverhältniſſes zwiſchen Mitteln und Zweck;

b) der beſondern Gefährlichkeit einer verzögerten Rechtspflege;

c) einer beſonders eingegangenen Verpflichtung der Parteien; endlich

d) beſonderer Billigkeitsgründe.

Nach dieſen verſchiedenen Anſichten ergeben ſich alſo eigentlich vier verſchiedene Gattungen von ſummariſchen Prozeſſen, und zwar:

auf a) ſolche, wobei aus dem Grunde, weil ein weitläufiges Verfahren und der dadurch bewirkte Zeit- und Koſten-Aufwand mit dem Gegenſtande des Streits im Mißverhältniß ſtehen würde, eine kürzere Verfahrungsart angeordnet werden mußte. Dieß iſt der Fall in geringfügigen oder ſ. g. Bagatellſachen. Der mindere Belang des Gegenſtandes war das Motiv für den Geſetzgeber, hier eine Ausnahme von der Regel des förmlichen Prozeſſes zuzulaſſen.

---

50) Vergl. v. Gönner's Handb. IV. n. 80. §. 2. fgg.

Die Natur der Sache verbot, den Maßſtab der Wichtigkeit eines Prozeſſes nach Rückſichten von dem Zuſtande der ſtreitenden Individuen oder der Verwickelung des Falles zu reguliren. Niemand wird läugnen, daß die redhibitoriſche Klage, deren Gegenſtand eine Ziege iſt, dem, der ſie anbrachte, ſo wichtig und auf ſeine Wohlfahrt ſo einflußreich ſeyn kann, als einem andern der Prozeß über die Gewährsmängel eines erkauften Ritterguts [51]). Darum ſollte man auch bei der Behandlung einer Sache als geringfügig [52]) darauf billige Rückſicht nehmen, wenn deren Gegenſtand das ganze Vermögen eines Menſchen ausmacht. Sonſt aber iſt nicht zu mißkennen: wenn man das, was Kleinigkeiten ſind, unangeſehen, daß ſie auch nach ſo mannigfachen Beziehungen im Leben der Menſchen ſchon als Kleinigkeiten betrachtet werden, mit der Sorgfalt wie das wichtige pflegen wollte; ſo würde man aus lauter Scheu vor Ungerechtigkeit eine Ungerechtigkeit begehen, ſchon an dem unerſetzlichſten Gute: der Zeit. Man würde, ſo zu reden, Mücken ſäugen und Kameele zu Grunde gehen laſſen, und indem man den Streit de glande legenda mit aller Sorgfalt behandelte, weil er verwickelt iſt, oder weil er einen Armen betrifft, viel-

---

51) Oder wie ſich von Kreitmayr gemüthlich ausdrückt: Es thut einer Maus, wenn man ihr die Haut über den Kopf abzieht, eben ſo wehe als einem Maſtochſen.

52) Die preuß. G. O. nimmt 50 Pr. Thaler, die baieriſche 50 fl. rhein. (ſchon im Jahr 1753!) an. Hr. v. Gönner ſchlägt 100 fl. vor, in ſ. Entw. eines Geſetzb. über das ger. Verfahren. Wird das Verfahren in geringfügigen Sachen auch geringfügig, alſo gleichgültig und oberflächlich behandelt, wie vielen Menſchen kann wehe gethan werden!

leicht Luſt und Muße verlieren, einem Lehens- und Allod-Separationsſtreit ſeine volle Aufmerkſamkeit zu widmen oder man würde die Zahl der Richter um das drei- und vierfache vermehren müſſen [53]), und am Ende würde das Treiben der Menſchen hauptſächlich in Prozeßführen und in der Theilnahme daran, wenigſtens als Nebenperſonen, beſtehen. — Hier muß alſo die richterliche Thätigkeit beſonders modifizirt erſcheinen, um der Willkühr der Partei aus Gründen des öffentlichen Wohls einen Damm entgegenzuſetzen.

Ein Mißverhältniß zwiſchen Mittel und Zweck und noch mehrere unzubeſeitigende Schwierigkeiten und Störungen würden auch die Folge ſeyn, wenn man nicht bei Untergerichten ein einfacheres Verfahren als Ausnahme von demjenigen zulaſſen wollte, welches bei anders organiſirten Obergerichten ſtatt findet. Es muß deßhalb auch der Untergerichtsprozeß ein ſummariſcher ſeyn, vornämlich da, wo mündlich verfahren wird.

Auf b) Aus Gründen, die in den eigenthümlichen Verhältniſſen des Streitgegenſtandes liegen, kann eine verzögerte Juſtiz ganz beſonders gefährliche Folgen haben. Bei den Prozeſſen in Grenz-, Bau-, Landes-Cultur-, Gemeinheitstheilungs-, Merkantil-, Poſſeſſorien-, Kirchen- und Stiftungs- Sponſalien und Ehe-Sachen iſt es nicht das Intereſſe der Strei-

53) Nach der Erfahrung würde aber auch dieſe Vermehrung wenig helfen, weil, wie jene lehrt, die Vermehrung der Geſchäftsbeſorger gewöhnlich nur dieſen, nie dem Geſchäfte ſelbſt zu gute kommt.

tenden allein, um das ſichs handelt; es iſt mittelbar die bürgerliche Geſellſchaft, die Erhaltung der Ruhe, der Ordnung und Sittlichkeit und des gemeinen und Familien-Wohlſtandes dabei betheiligt. Hier iſt daher eine kleine Anomalie, ja ſelbſt die Möglichkeit einer übereilten Rechtspflege bei weitem kein ſo großes Uebel, als dasjenige, welches aus einer dauernden Ungewißheit der Rechte entſteht. Der Richter kann daher z. B. bei Erlaſſung eines Strafbefehls in Streitigkeiten über Bauten und Anlagen an öffentlichen Strömen nicht warten, bis der ſaumſelige Impetrant, vielleicht erſt, wenn es zu ſpät iſt, Uferbrüchen zu wehren, um Execution anruft. Er kann auch nicht geſchehen laſſen, daß eine Mutter ihren Gatten und ihre Kinder verlaſſe: er vollſtreckt ſein mandatum de revertendo auch ohne weiteres Anrufen des Mannes. Gleiche Anſichten treffen bei Injurien-, Frevel- und Geſindeſachen ein, wo ſie nicht ohnehin zur Polizey gewieſen ſind. Daß Alimentenſachen ein ſchleuniges Verfahren fordern, bedarf wohl am wenigſten einer nähern Erläuterung. So fordert auch die Humanität Beſchleunigung der Streithändel der Reiſenden.

Auf dieſem Prinzip der beſondern Gefährlichkeit einer verzögerten Juſtiz beruht auch der unbedingte Mandatsprozeß, ſo ſehr derſelbe bei dem erſten Anblick als eine unleidliche Erfindung der Willkühr ſich darſtellt, da es ſcheint, als ob der Beklagte hier ungehört verdammt würde.

Bei bloßen Incidentpunkten und Proviſionalverfügungen, welch letztern ſich die Arreſtſachen (auſſer dem ſonſt in ihrer Natur liegenden Beſchleunigungsgrund) ſowie der Provokations-

prozeß und ſämtliche präparatoriſche Verhandlungen anreihen, erheiſcht die Eigenthümlichkeit ihrer Tendenz Beſchleunigung. Ein doppelter Streit iſt ohnehin ein doppeltes Uebel, und die Abkürzung alſo durch die Vernunft geboten.

Der Rechnungs- und Concursprozeß iſt im Grunde ebenfalls ein cumulus von Prozeſſen; dieß und ſonſt die eigenthümlichen Modifikationen des letztern machen ein abgekürztes Verfahren im Einzelnen zur unerläßlichen Bedingung der Erreichung des vorgeſetzten Zwecks. Vornehmlich würde im Concurſe die Willkühr der einzelnen Streitgenoſſen mit der Geſammtheit in Widerſpruch gerathen, wenn der Richter nicht durch ſeinen kräftigen Willen, der auf geſetzliche Beſtimmungen gebaut iſt, das Ganze zuſammenhielte [54]). Bei dem Concursprozeſſe beſorgt der Richter auch das Intereſſe der unbekannten Gläu-

54) Gerade im Concursprozeſſe wäre Endloſigkeit, Verwirrung und große Beſchädigung unvermeidlich, wenn die Grenzen der richterlichen Gewalt nicht ausgedehnter wären als ſonſt. Man denke ſich nur neben einer anſehnlichen Aktivmaſſe und einer noch anſehnlichern Paſſivmaſſe, daß hier 1) eine Geſammtheit von Gläubigern als Kläger gegen Ein Individuum, den Gemeinſchuldner, als Beklagten; 2) ein Mitgläubiger als Kläger (pro liquiditatis) gegen eine Geſammtheit von Gläubigern (oder den Maſſavertreter) als Beklagte, denen ſich gewiſſermaſſen, wegen ſeines eventuellen Intereſſe, der Cridar als Intervenient anſchließt; 3) ein Mitgläubiger als Kläger (pro prioritatis) gegen einzelne Mitgläubiger als Beklagte handeln; nicht zu gedenken der activen und paſſiven Anſprüche zwiſchen dem Corps der Gläubiger oder dem Maſſacurator und einem Dritten, der Schuldner oder Gläubiger der Maſſe iſt.

biger aus Pflicht der amtlichen Fürſorge, und daher eröffnet er auch, bei unzweifelhafter Vermögens-Unzulänglichkeit eines Schuldners, den Concurs von Amtswegen, um einſeitige Diſpoſitionen zum Nachtheil aller Berechtigten zu verhindern, und ſorgt für die Sicherheit der Aktivmaſſe.

Auf c) Das abgekürzte Verfahren kann aber auch ſeinen Grund in einer beſonders eingegangenen Verbindlichkeit, alſo in einer vorhergehenden Uebereinkunft der Parteien haben. Wer Wechſelbriefe und zum Executivprozeſſe geeignete Inſtrumente ausſtellt, geht die Verpflichtungen ein, die ihm auch für die Prozeßführung daraus erwachſen. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß, da dieſe Art der ſummariſchen Prozeſſe nur zum Vortheil eines der ſtreitenden Theile, des Klägers, eingeführt iſt, mit Einwilligung dieſes einer ihm minder günſtigen Prozeßart ſtatt gegeben werden kann. Dieſe Einwilligung kann ausdrücklich erfolgen, durch Anſtellung der Klage im ordentlichen Prozeß, aber auch ſtillſchweigend durch Cumulation der Klagen, wobei der Kläger den Vortheil des gemeinſamen Prozeſſes für die gehäuften Klagen dem einer auſſerordentlichen Prozeßart vorzieht. Hat ſich der Beklagte hierauf eingelaſſen, ſo hat dieß, nach dem Grundſatz: ad renunciata non datur regressus, die Folge, daß der Kläger nun das Verfahren im ordentlichen Prozeße durchmachen muß[55]).

---

55) Ueberaus praktiſch iſt die hieraus gefolgerte Bemerkung v. Gönner's (im Handb. II. 30. §. 7.), daß es gegen den bemerkten Grundſatz (ob es gleich öfters geſchehe) anſtoſſen würde, wenn ein Kläger, der im Wege des

Auf d) Aus einer beſondern geſetzlichen Begünſtigung und aus Gründen der Billigkeit, ja ſelbſt der Nothwendigkeit, wird die Wohlthat eines einfachern Verfahrens, vorzüglich in perſönlichen Klagſachen zu Theil: den Soldaten, den mitleidswürdigen Perſonen und den Rechts- und Geſchäftsunerfahrnen beſonders vom Landvolke, auſſerdem auch, eben dieſer Rechtsunwiſſenheit wegen, überhaupt aber aus Gründen der Klugheit und des gemeinen Wohls, eine eigenthümliche Verwendung des richterlichen Amts. Das gemeine Wohl iſt in der That ſehr dabei betheiligt, ob dieſen Perſonen die Mittel ihres Fortkommens in der bürgerlichen Geſellſchaft erhalten, oder durch gewinnſüchtige Menſchen unter Begünſtigung einer nachläſſigen Vertheidigung entzogen werden. Auch von juriſtiſcher Seite, und als eine von der Nothwendigkeit gebotene Maßregel betrachtet, erſcheint dieſe Anordnung gerechtfertigt, ſofern als das ſuppletoriſche Amt des Richters hier erſetzt, was auſſerdem dem genüglichen rechtlichen Gehör fehlen würde, welches das weſentlichſte Erforderniß des Prozeſſes ausmacht.

---

ordentlichen Prozeſſes geklagt hat, die Antwort des Beklagten, worin der Klaggrund zugeſtanden worden, ſo verdrehen wollte, daß er die Klage für liquid ausgäbe, und auf ein Executiv-Verfahren wider den Beklagten dränge, welches forderte, ſeine illiquiden Einreden zur beſondern Ausführung zu verweiſen. Vielmehr muß hier die Prozeßart, worin der Streit anhängig iſt, beibehalten, der Exceptionsſatz dem Kläger zur Replik mitgetheilt, und der Streit bis zum Ende im Wege des ordentlichen Prozeſſes verhandelt werden.

Gewöhnlich werden in dieſe Claſſe der privilegir-ten Parteien auch

a) die Pupillen und

b) die Ehefrau in Anſehung ihres Heiraths-guts,

und zwar dieſe in ſoweit gerechnet, daß der Richter von Amtswegen α) im Fall der Abweſenheit oder Gefangenſchaft des Vaters das Heirathsgut der Tochter beſtimmt (L. 5. §. 4. D. de jure dot.); β) für Erhaltung des Heirathsguts ſorgt, wenn er den Vermögensverfall des Ehemannes wahrnimmt; γ) den Vater, welcher das Heirathsgut zurückfordert, abweiſet, wenn er der Verſchwendung verdächtig iſt (L. 22. §. 6. D. soluto matrim.); δ) den Vater zwingen kann, ſeine Tochter zu dotiren[56]. —

Allein genau betrachtet vermiſcht man hier wie ſchon oben §. 4. n. VI. bemerkt worden, die Pflichten des Richters als Obervormunds mit derjenigen Hauptobliegenheit, die er als Richter im ſtreitigen Prozeſſe hat. Wenigſtens wird in der Praxis dieſe verſchiedene Beziehung genau beobachtet, und wo der Richter zugleich Obervormund eines Litiganten iſt, werden die verſchiedenen Reſſorts nicht vermiſcht. Der Vormund iſt es, welcher bei Pflegbefohlnen, wenn gleich in gewiſſer Art unter Autorität und Leitung des vormundſchaftlichen Gerichts als Kläger oder Beklagter handelt; und in den 4 bemerkten Fällen, wo der Richter für das Heirathsgut ſorgt, muß dieß analog eben ſo ſeyn, weil er ſonſt Partei

56) Gönners Handbuch I. n. 10. §. 43. und der daſelbſt angeführte Böhmer a. a. O. Cap. II. §. 8.

und Richter zugleich ſeyn würde. Für die Tutel- und Curatel-Bedürftigen iſt übrigens ohnehin in den Geſetzen auf ſo mancherlei Weiſe geſorgt, damit ſie in ihrem Rechtsſtande nicht benachtheiligt werden, daß ſie mit den übrigen hier bemerkten Schutzbedürftigen durchaus nicht auf einer Stufe der Schutzbedürftigkeit ſtehen, alſo nicht noch auſſerdem dieſes auſſerordentlichen Beiſtandes des Richters bedürfen.

Hier kann alſo nur von denjenigen Parteien die Rede ſeyn,

> die eigentlich die freie Diſpoſition über ihr Vermögen haben, und keiner vormundſchaftlichen Aufſicht unterworfen ſind, gleichwohl aber eines eigenthümlichen Schutzes benöthigt ſind,

das heißt alſo von mitleidswürdigen, beſonders von geſchäftsunerfahrnen Perſonen, ſoweit ſie mit Rechtsanwälten nicht verſehen ſind.

Da in keiner Beziehung der Richter mehr in den Fall kommt, von Amtswegen thätig ſeyn zu müſſen, als in dem zuletzt berührten, beſonders bei Untergerichten, alſo gerade da, wo der Prozeſſe größte Zahl zu finden iſt; ſo findet eine nähere Betrachtung über die Grenzen der richterlichen Befugniß und Verpflichtung eben hier einen Gegenſtand, der an ſich und der möglichen critiſchen Colliſionen wegen überaus praktiſch, und von hohem Intereſſe für die Rechtspflege iſt. Ich glaube mich daher etwas länger dabei verweilen zu müſſen, um zu verſuchen, für die möglichen Colliſionen zwiſchen der richterlichen Theilnahme an dem Intereſſe einer Partey und der gleich

durchgehenden Gerechtigkeit Regeln des Verhaltens aufzuſtellen.

§. 20.

Winke zur Vermeidung von Colliſionen bei der richterlichen Fürſorge für unberathene Parteien.

Wenn bei der Inſtruktion des Prozeſſes mittelſt des mündlichen Verfahrens die Partei ſelbſt der Rechte kundig oder mit einem Sachwalter verſehen iſt, ſo fällt jede Veranlaſſung des inſtruirenden Richters zur poſitiven Thätigkeit für deren Beſtes von ſelbſt weg, und kommt es auch aus leicht begreiflichen Gründen nicht darauf an, ob die Partei und ihr Advokat Kenner oder nur Bekenner der Rechtswiſſenſchaft ſind. Selbſt diejenige Partei die zwar nicht rechtskundig, jedoch in den Geſchäften des bürgerlichen Lebens erfahren iſt, und ſonſt nicht auf einer der niedrigern Stufen der Bildung ſteht, erfordert eine minder rege Theilnahme des inſtruirenden Richters bei der Verbeſſerung ihres Vorbringens; von einer Verbindlichkeit deßfalls iſt dieſer ohnehin geſetzlich diſpenſirt [57]), ja ſeine Befugniß dürfte man ihm im Zweifel eher beſtreiten als zugeſtehen. Indeſſen kommt hier alles auf die beſondern Verhältniſſe des Falles und der

57) Denn das Geſetz, welches beſtimmt: Eis, qui ob aetatem vel rusticitatem vel ob sexum lapsi non ediderunt, *vel ex alia justa causa*, subvenietur, L. 1. §. 5. D. de edendo, leidet, der generellen Clauſel ungeachtet, nicht wohl eine Ausdehnung auf alles, was nicht Juriſt iſt. Es würde ſonſt die Regel, nach welcher ſich der Richter bei der Inſtruktion des Civilprozeſſes mehr paſſiv als aktiv verhält, in der Ausnahme kaum mehr erkennbar ſeyn,

Perſon an, wenn ſchon der Richter in der Regel wohl immer am ſicherſten verfährt, einer Partei, die nicht ausdrücklich mit der Wohlthat der entſchuldbaren Rechtsunwiſſenheit vom Geſetz verſehen iſt, die Annahme eines Sachwalters zu empfehlen. Hat man aber mit rechts- und geſchäftsunerfahrnen Leuten (denn bloß auf den Bauerſtand kann man ſich wohl nicht ganz allein beſchränken, und alſo die nicht minder hülfsbedürftige Zahl gemeiner Bürger und Profeſſioniſten von der Fürſorge ausſchließen), zu thun, was bei Untergerichten in der Regel der Fall iſt: ſo iſt eine thätige Leitung für den Richter nicht weniger Pflicht, als eine gründliche Rechtspflege überhaupt. Schon die Klugheit mahnt hier zu rechter Zeit das Beſte einer ſolchen Partei wahrzunehmen, und es nicht darauf ankommen zu laſſen, ihr hinterher durch eine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zur Verzögerung der Sache helfen zu müſſen [58]. Zwar man könnte einwenden, den Rath, ſich einen Sachwalter anzunehmen, könne man jedem Rechtsunerfahrnen, man könne ihn auch dem Bauer geben, und damit habe aller Zweifel ein Ende. Auch ſetzt L. 9. §. 3. D. de juris et facti ignorantia ausdrücklich voraus, daß die Rechtsunwiſſenheit nur dann nicht ſchade, wenn man einen Rechtskundigen zu fragen keine Gelegenheit gehabt. Aber ſollte bei Untergerichten, wovon hier hauptſächlich die Rede iſt, der zu befragende Rechtsverſtändige ſchlechthin nicht der Richter ſeyn dürfen, beſonders nach der Verfaſſung dieſer Gerichte, ſo müßte vieles anders werden, als

es

58) Melius est intacta eorum jura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere. L. 5. C. in quibus caus. in integr.

es iſt, und kein Bauer dürfte ohne Advokaten irgend etwas vor Gericht bringen. Hommel, der es etwas genau mit der bäuerlichen Ignoranz nimmt [59]), räumt doch ſelbſt an einem andern Orte (vergl. S. 4. oben) den Richtern viel in Anſehung der Vertretung Rechtsunerfahrner ein, ja macht es ihnen ſogar zur Pflicht. Nicht ſelten wird der Bauer, wenn man ihn an einen Sachwalter weiſt, theils aus Scheu vor den Koſten (und das hat er oft ſehr Urſache) theils aus Vorurtheil den Rath nicht befolgen wollen. Er mag von einem Advokaten nichts wiſſen; dieß kann ich nach meiner Erfahrung wenigſtens als Regel behaupten. Soll man ihn nun wider ſeinen Willen dahin bringen, daß er ſich allmählig mit gewiſſen gehäſſigen Vorſtellungen ausſöhnt, endlich wohl gar am Prozeſſiren Gefallen gewinnt? oder ſoll man ihn ſeinem hülfloſen Schickſal überlaſſen, zur Strafe eines Vorurtheils, welches in anderer Beziehung ſeiner Denkart Ehre bringt? — So lange daher nicht geſetzlich geboten iſt, daß bei keinem Gericht irgend jemand ohne Rechtsanwalt handeln dürfe, kann und darf dem Bauer aus dem nicht befolgten Rath eines vielleicht bequemen Richters: ſich des Beiſtandes eines Advokaten zu bedienen, kein Nachtheil erwachſen.

Was über dieſe richterliche Vertretung und thätige Leitung (die man immerhin für eine menſchliche Unvollkommenheit halten mag, an deren ſo mancher unſere Einrichtungen leiden,) Hommel an dem oben S. 4. angeführten Orte ſagt, iſt in der Praxis allbekannt, und wird keineswegs bloß „in cauſis minutis" ſondern auch in wichtigen Dienſtbarkeits- und an-

59) In rhapſ. T. III. obſ. 477.

dern Streitigkeiten beobachtet. Ja wir können behaupten, daß ein großer Theil der Unterrichter vielleicht nicht mehr daran denkt, ſich zu fragen: ob auch hier alles in der Ordnung ſey, und es vielleicht recht überflüſſig finden möchte, wenn er hier läſe, daß man die Sache eben noch nicht ſo ganz ausgemacht und über alle Bedenklichkeit erhoben betrachte. Man darf aber nur einen Augenblick nachdenken, und den nächſten den beſten Rechtsfall ſich vergegenwärtigen, um ſich zu überzeugen, daß hier der Richter zwei ſehr bedenkliche Abwege vor ſich hat. Er kann eben ſo den Vorwurf einer pflichtwidrigen Vernachläſſigung durch zu wenig Intereſſe an der Rechtsangelegenheit der Partei auf ſich laden, als er in ſeinem Eifer in der Vertretung des Rechtshülfsbedürftigen zu weit gehen und darüber vergeſſen kann, was man bei ſeinem richterlichen Amt als den weſentlichſten Theil ſeiner Thätigkeit in Anſpruch nimmt. Darf man gleich annehmen, daß die Mehrzahl der Richter eher zu dem erſtern als zu dem letztern Extreme ſich neigt, und zwar nicht immer aus Zartgefühl für die Hauptpflicht des Richters, ſondern vielfältig bloß aus Bequemlichkeit: ſo kann doch leicht erachtlich dieß allein eine nähere und aufmerkſamere Betrachtung der Grenzlinie zwiſchen jenen zwei Extremen nicht überflüſſig machen.

Wer da glauben möchte, daß der gemeine Bürger oder Bauer (wir wollen jetzt nur bei dieſen ſtehen bleiben, ob man gleich recht gut noch einige Stufen in der Rangordnung der Bildung höher ſteigen dürfte,) ſeine Klage oder ſonſt ſein rechtliches Anbringen ſchon von ſelbſt in der Form vortrage, wie es den beabſichteten richterlichen Beſchluß motivirt, der würde damit eine groſſe Unkunde in dieſer

Art des Verkehrs bekennen, und ſo würde man denn auch ſehr irren, wenn man alles dasjenige, was dieſem in den Regeln des mündlichen Vortrags Ungeübten, als von ihm zu Protokoll erklärt, in den Mund gelegt wird, dafür, daß er es ſo vorgebracht, annehmen wollte. Dem größten Theile der zur niedern Volksclaſſe gerechnet werdenden Menſchen fällt es ſchon ſchwer, eine einfache Erzählung vorzubringen, ohne daß die Gerichtsperſon durch dazwiſchen gelegte Fragen dem verworrenen und langweiligen Erzähler, faſt bei jeder Periode einen neuen Anſtoß geben müßte, zu geſchweigen, daß man einen zweckmäßig geordneten Vortrag und einen ſchlüſſigen Antrag erwarten dürfte [60]). Sein Gefühl ſagt ihm bloß, indem er klagt, daß ihm nicht recht geſchehen; er wünſcht, daß ihm geholfen werden möchte, aber das Wie erwartet er von der richterlichen Obrigkeit, und er tritt mit keinem andern Gedanken in die Gerichtsſtube, als daß es der Herr Amtmann ſchon zum Beſten machen werde, wenn er ihm nur ſeine Sache erzähle. Wenn dieß richtig iſt, wie nicht bezweifelt werden kann, wenn der Unterrichter faſt täglich in den Fall kommt, gewiſſermaſſen den Advokaten der rechtſuchenden Partei und dann wieder den ihres Gegners und endlich den Richter beider zu machen, und wenn die Prozeßordnungen und

60) Ein bedenklicher Erfahrungsſatz auch für die Criminalprozeß-Geſetzgeber! Es werden lange nicht alle Fragen geſchrieben, die bei dem ſogenannten ſummariſchen Verhör von dem Inquirenten gemacht werden. Wer weiß, wie manche Suggeſtivfrage ſogar hier das Jahr hindurch unterlaufen mag. Vieles wäre darüber zu ſagen, doch hier iſt der Ort nicht. —

praktiſchen Rechtslehrer wenig oder gar nichts darüber enthalten:

> wie denn eigentlich der Richter ſich hierbei zu benehmen habe, um nicht mit ſeiner Hauptpflicht in Widerſpruch zu gerathen, durch eine gefährliche Einſeitigkeit oder, was noch ſchlimmer wäre, durch das Beſtreben, die Sache der gemachten Einleitung nach durchzuführen, um ſich nicht dem Vorwurfe der Ungeſchicklichkeit auszuſetzen;

ſo ſcheint es beinahe, als ob man der Verlegenheit, es anders zu machen, durch ein Ignoriren deſſen, was geſchieht und gewiſſermaſſen geſchehen muß, ſich habe überheben wollen. Allein ſo bequem auch dieſes Ignoriren für denjenigen ſeyn mag, der die Aufſicht auf die Rechtspflege zu führen hat, ſo ein trauriges Bekenntniß der Unvollkommenheit enthält es, und ſo wenig iſt damit die Lage des Richters ſelbſt verbeſſert, bei welcher, ſo prekär, wie ſie hier erſcheint, die Rechtlichkeit ſeines Verfahrens alle Augenblicke Anfechtungen leiden, oder wobei wenigſtens ſein Zartgefühl von dem Gedanken einer Willkühr oder Einſeitigkeit unangenehm ergriffen werden muß. — Die Wahrheit iſt bei dieſer Erſcheinung:

> wir fühlen, daß wir hier mit dem reinen Verhandlungsprinzip nicht auskommen, ſondern eigentlich das Unterſuchungsprinzip wenigſtens mit anwenden müſſen, ja daß das letztere vorherrſchend iſt.

Der Richter muß fragen, ausforſchen [61]) und nach

61) Dieſe Verbindlichkeit legen ihm ausdrücklich ſogar die Geſetze auf. Cap. 10. X. de fide instrumentorum: judex,

den Reſultaten ſeiner Unterſuchung componiren. Wollen wir ihm dieß nicht geſtatten, ſo wollen wir auch keine Unwiſſenheit deſſen affektiren, was wirklich geſchieht; nicht durch eine unzeitige Connivenz uns inconſequent zeigen, und damit den Richter, wie man ſagt, auf das Eis führen. Wir wollen lieber ihm unverhohlen ſagen, daß er von der ſ. g. Verhandlungs-Maxime ſich durchaus keine Ausnahme erlauben dürfe, daß er die Vorträge der Partei genau nach ihrem eigenen Anbringen zu Protokoll nehmen, im Weſentlichen zum Vortheile der Rechtſuchenden nichts dazu oder davon thun, daher ſchlechthin von dem Unterſuchungs-Prinzip ſich entfernt halten, alſo gleichſam den erbaulichen Denkſpruch: fiat justitia et pereat rusticus! praktiſch machen müſſe. Iſt dieſes aber nicht der rechte Weg, und kann er es nicht ſeyn, ſo muß man dem Richter die Schranken vorzeichnen, in denen ſeine Thätigkeit auch vorwurfsfrei wirkſam ſeyn kann. Er ſoll nicht in der Lage ſeyn, aus Aengſtlichkeit und Gewiſſensſcrupeln weniger zu thun als er ſollte; aber er ſoll auch in ſeinem Eifer für das Beſte einer unberathenen Partei nicht vergeſſen, daß das

qui usque ad prolationem sententiae debet universa rimari, potest interrogare de facto, quotiens dubitationis aliquid occurrit; ferner: Clement. 2 de Verb. Sign. Interrogabit judex etiam partes sive ad earum instantiam sive ex officio ubicunque hoc aequitas suadebit. Hier iſt zwar nur von dem ſummariſchen Prozeß aber doch nach dem Verbandlungs-Prinzip die Rede. R. A. de 1654. §. 41. verbis: . . . wie denn auch dem Richter das arbitrium auf ein oder den andern, oder auf allen Punkten die Antworten in jedem Theil des Gerichts zu erfordern frei und unbenommen bleibet.

vigilantibus jura scripta in ſeiner Art auch auf den Bauer Anwendung findet. Er ſoll daher ſich hüten, Einwendungen und Behelfe an die Hand zu geben, woran die Partei vielleicht gar nicht dachte, die ſie in ihrer ſchlichten Vorſtellung oder wenigſtens Ahndung von dem was Recht iſt, vielleicht gar verſchmäht haben würde; Behelfe bei deren Nichtgebrauch ſie kein wohlerworbenes Recht verloren haben würde, bei deren Gebrauch aber ſie vielleicht einer, wenn auch nur unvollkommenen, natürlichen Verbindlichkeit ſich entzogen hat.

Es iſt in der That nicht die leichteſte von den Forderungen, die man an einen Richter macht, hier das Rechte zu finden, und die richterliche Unbefangenheit und Parteiloſigkeit mit der Theilnahme in ein richtiges Verhältniß zu bringen, die hier dem Richter zur Pflicht gemacht wird [62]).

§. 21.

Das Geſagte durch ein Beiſpiel erläutert.

In Fällen, wo es auf gewiſſe Manipulationen im Verfahren ankommt, lehren Beiſpiele oft beſſer

62) Man muß überhaupt die Fälle, wo der Richter de simplici et plano verfahren ſoll, nicht geradezu für Bagatellſachen, auch rückſichtlich der ihnen zu widmenden Sorgfalt betrachten. Sie ſind in ſofern oft ſehr ſchwierig, als ſie bei minderer Muße abgewandelt werden müſſen, und von dem Inſtruenten reife Urtheilskraft, ſchnelle Beſonnenheit und eine ſtets gegenwärtige Theorie fordern. Man hat daher ſehr unrecht, wenn man die Bearbeitung dieſer Sachen den minder Geübten überlaſſen zu dürfen glaubt. Auch habe ich oben ſchon (Anm. 52. zum §. 19.) bemerkt, daß oberflächliche Behandlung geringfügiger Sachen nichts weniger als gut juſtizmäßig ſey.

als Regeln. Folgender Akt, wo ich den Richter und den Bauer über eine von dem letztern angebrachte Beſitzſtörungsklage in Geſprächsform handeln laſſe, mag daher, wenigſtens dem Anfänger, ein Fingerzeig über die hier zu beobachtenden Maximen werden.

Bauer: In dem Hofraume meines Nachbars Kunz iſt ein Brunnen, wo ich von jeher mein Vieh getränkt habe, indem das Waſſer aus dem Brunnen in meinem Hofe nicht trinkbar iſt, welches wir daher auch nur zum Reinigen des Geſchirrs ꝛc. brauchen können. Schon zu meines Vaters Zeiten und vorher war dieß ſo, und dieſer hat mir öfters geſagt, daß es mit des Kunz Vorbeſitzern ausgemacht worden, daß die Beſitzer unſeres Hofs ihr Vieh bei dem Brunnen des Kunz tränken dürften. Es thut dem Kunz auch gar keinen Schaden, wenn ich mein Vieh dort tränke; das muß jeder Billigdenkende zugeſtehen. Nichts deſtoweniger nöthigt er mich jetzt, daß ich ihn verklage, wovon die Veranlaſſung eigentlich folgende iſt. Vor vier Wochen hat meine Frau mit der Frau des Kunz einen Schimpfhandel gehabt. Seitdem will meinem Nachbar das Tränken meines Viehes nicht mehr recht anſtehen, und er hat ſchon ein paar Mal zu meiner Magd geſagt, er leide es nicht mehr, und ich hätte kein Recht, er hätte es bisher nur aus gutem Willen zugegeben. Ich ſolle nur meinen Brunnen gehörig fegen laſſen, oder ſehen, wo ich ſonſt Waſſer zum Tränken bekäme; kurz er leide es nicht mehr. Unlängſt hat er ſogar meiner Magd gedroht, er wolle, wenn ſie wieder mit dem Vieh käme, daſſelbe mit dem Hunde hinaushetzen. Dieß hat er nun zwar nicht gewagt, aber geſtern hat er aus Bosheit ſeine Wagen und anderes Geräthe ſo geſtellt, daß das Vieh nicht zu dem Brunnen

kommen konnte. Der Gemeindevorſteher hat ihm zwar auferlegt, das Hinderniß weg zu thun, und er hat ſich gefügt, dabei aber im vollen Zorne geäuſert: er wolle ſchon machen, daß mir die Luſt zum Tränken verginge; ich müßte ihm erſt beweiſen, daß ich ein Recht hätte. Denn was angeblich zwiſchen unſern Vorbeſitzern vorgegangen, ſey was ganz anderes und gebe mir kein Recht. Er behaupte, daß es ein guter Wille und eine Vergünſtigung geweſen, daß er mich ſolange zu ſeinem Brunnen gelaſſen. Sein Vorbeſitzer habe dagegen von meinem Vater andere Gefälligkeiten erhalten; das habe jetzt aufgehört. Ich ſagte ihm aber, ich wolle ihm ſchon weiſen, wer Recht habe. Mein Vater hat mir nämlich geſagt, daß er ſchon von ſeinem Vater gehört habe, daß dieß ein gar altes Recht ſey, und daß es ſchon im Saalbuche ſtehen müſſe.

Richter: (hatte vorſtehende Erzählung durch manche Zwiſchenfrage herausgebracht.) Sage Er mir, was will Er nun?

Bauer: Sie möchten mir eben vor meinem böſen Nachbar Ruhe ſchaffen; denn nach ſeinen Reden fürchte ich alle Tage einen neuen Poſſen, und möchten das Saalbuch aufſchlagen; auch bitte ich um einen Augenſchein [63]). Da werden ſie finden, daß es eine bloße Bosheit von dem Kunz iſt.

63) Es kommen ſelten in der Praxis Klagen dieſer Art vor, wo der Bauer nicht einen Augenſchein verlangt. Er ſetzt ein großes Gewicht auf die anſchauende Kenntniß, und es ſcheint, als ob der ſchlichte Menſchenverſtand hier ihn ſo unrecht nicht führe. Auch glaubt er ſo geſchwinder zum Ziele zu kommen. Hofft er etwa mit der intuitiven Kenntniß zugleich das Gefühl des Richters in das Intereſſe zu ziehen? —

Richter: Wie lange beſitzt Er ſchon ſein Gut?

Bauer: An Lichtmeß war es 13 Jahre.

Richter: Hat er niemals einen Streit mit dem Kunz wegen dieſer Tränke gehabt?

Bauer: Ein einziges Mal, vor ungefähr vier Jahren. Da wollte er, daß ich zu einer Reparatur an dem Brunnen einen Beitrag thun ſollte, und weil ich mich nicht dazu verſtehen wollte, ſo ſagte er, er leide es nicht mehr, daß ich mein Vieh tränke. Der Gemeindevorſteher hat uns aber vereinigt, und ich habe ihm ein paar Fuhren gethan.

Richter: Warum hat Er dieſe Fuhren gethan?

Bauer: Der Gemeindevorſteher hat mir eben zugeredet, und die Sache ſo vermittelt, und ſo wollte ich eben nicht feindſelig ſeyn.

Richter: Hat Ihm ſein Nachbar ſeitdem kein Hinderniß mehr in den Weg gelegt?

Bauer: Nein, als was ich vorhin geſagt habe.

Richter: Kann Er beweiſen, daß Er, wie Er angegeben, und wenig'ſtens ſeit Jahr und Tag ſein Vieh an dieſen Brunnen zur Tränke getrieben hat.

Bauer: Ja das weiß das ganze Dorf, und der Kunz verlangt es ſelbſt nicht zu läugnen. Er ſagt nur, es ſey ein guter Wille von ihm geweſen, daß er es geduldet. Wenn Sie aber einen Zeugen wollen, ſo können Sie gleich den Gemeindevorſteher vernehmen, der heute hier iſt. Aber vor allem bitte ich um einen Augenſchein.

Richter: Den Gemeindevorſteher will ich vernehmen. Aber warum ſoll ich einen Augenſchein einnehmen?

Bauer: Damit Sie eben ſehen, daß es eine bloße Bosheit von dem Kunz iſt, daß ich ihm gar keinen Schaden bringe, und daß ich die Tränke haben muß, weil ich nirgends anders tränken kann.

Richter: Darauf kommt jetzt ſoviel nicht an; auch würde es Ihm gar nicht einmal gut ſeyn, wenn man die Sache ohne Noth weitläufig machen wollte. Wenn alles ſo iſt, wie Er mir angegeben, und der Zeuge ausſagt, daß Er ſeit der Irrung vor 4 Jahren ſein Vieh immer ohne Widerſpruch zur Tränke geführt hat, ſo werden wir vor der Hand wenigſtens, keinen Augenſchein und kein Saalbuch brauchen. Denn die Geſetze verordnen, daß ſich niemand ſelbſt Recht verſchaffen ſolle, und in ſo fern hat alſo auch Sein Nachbar Kunz — ich ſetze voraus, daß Sein Angeben wahr iſt, — Ihm aus eigener Macht kein Hinderniß in den Weg legen ſollen. Die Geſetze beſtimmen ferner, daß in ſolchen Fällen bis zu ausgemachter Sache alles beim Alten gelaſſen, und daß der Gekränkte, wie man ſagt, im Beſitze geſchützt werden ſolle. Er kann daher ebenfalls verlangen, daß ſein Nachbar Kunz Ihm das ſtreitig gemachte Recht einſtweilen ausüben laſſe, bis die Hauptſache, oder wer eigentlich recht habe, unterſucht und entſchieden iſt, welches oft lange dauern kann. Der Gekränkte oder Geſtörte pflegt daher ſein Geſuch dahin zu richten: ihn im Beſitze zu ſchützen, (alſo hier bei Ausübung der Befugniß, ſein Vieh zur Tränke zu treiben) dem Gegentheil alle Störung bei namhafter Strafe zu verbieten, auch demſelben Sicher=

heitsbeſtellung gegen fernere Beunruhigungen und die Erſtattung der Koſten aufzulegen. — Will Er dieß auch verlangen, oder will Er es auf Unterſuchung des Rechts ankommen laſſen, bis dahin aber den Brunnen meiden, wenn Ihm ſein Nachbar nicht gutwillig ferner die Tränke geſtattet?

Bauer: Gott bewahre! Das kann ich nicht; keinen Tag kann ich den Brunnen entbehren. Ich will es daher ſo, wie Sie mir geſagt haben, daß es die Geſetze vorſchreiben. Richten Sie es eben ſo ein; Sie verſtehen das ja beſſer.

Richter: Dann muß aber, wie gedacht, erwieſen ſeyn, daß Er ſich im Beſitze befindet, und darin beunruhigt wird. Weiter brauchen wir für jetzt nichts zu wiſſen, und was Er ſonſt nebenher angeführt hat, das kann ein anderes Mal zur Sprache kommen. Gebe Er nun wohl acht, wie ich ſeine Klage zu Protokoll ſchreiben laſſen will. —— So! Iſt's Ihm nun recht?

Bauer: Ja, ſo iſts recht.

So ungefähr verfährt der Richter bei der Aufnahme der Klage. Auf ähnliche Weiſe wird er auch bei der Klagbeantwortung verfahren. Was die Einlaſſung ſelbſt anlangt, ſo iſt, da die ſpecielle Litisconteſtation ohnehin ein Eingehen auf alle Punkte fordert, die Sache überall minder ſchwierig. Auch wird der Beklagte ſchon bei der Einlaſſung auf die einzelnen Thatumſtände und Behauptungen der Klage anhangsweiſe Umſtände anführen, welche hiernächſt bei den peremtoriſchen Einwendungen auf gleiche Art durch ſchickliche Fragen und Belehrungen zu den zuläſſigen Exceptionen verarbeitet werden können.

§. 22.

Weitere Betrachtungen.

Es kann nicht fehlen, daß ſich nicht bei einer ſolchen Behandlung in Beziehung auf den Rechtszuſtand beider Theile Verhältniſſe entwickeln, wobei der Richter nur das Geſetz anzuwenden braucht, um rechtlich erkennen zu können, und ſo wird es in den meiſten Fällen ſchon genug ſeyn, den Rechtſuchenden aus derjenigen Claſſe, auf die wir hier hauptſächlich zielen, ſich nur recht ausreden zu laſſen. Bei ſeiner Gabe der Weitſchweifigkeit kommen ohnehin eine ſolche Menge thatſächlicher Verhältniſſe vor, daß man dieſe nur gehörig auffaſſen, auswählen und gleichſam in die ſyllogiſtiſche Form bringen darf. Man muß bei dergleichen Vorträgen ohnedieß eher wegſchneiden, als dazuſetzen.

Auch ſolche Behelfe, wovon man annimmt, daß ſie ſchlechterdings der Allegirung des Betheiligten bedürfen z. B. Scti Vellejani, Macedoniani, excussionis, praescriptionis, werden aus dem faktiſchen Vorbringen ſich von ſelbſt ergeben, oder können durch eine unverfängliche Belehrung an die Hand gegeben, oder durch eine vorſichtige Nachfrage an das Licht gebracht werden. Man ſuppeditirt eigentlich hier nicht einmal einen Einwand; er liegt ſchon da[64]; man ſagt dem Unkundigen bloß, wie er das Vorgebrachte ſeiner Hauptabſicht gemäß zu for-

64) Nec enim novam speciem facit, qui frumentum ex spicis excutit, sed eam, quae jam est, detegit. Sic opponenti sufficit proponere factum taliter, quod resultet exceptio, licet specifice non opponatur, ſagt Zaunschliffer de off. jud. suppl. P. I. concl. 10. §. 5.

malisiren habe; wiewohl es auch darauf, und ob der Beklagte des Einwandes in der kunſtmäßig ausgedrückten Form ſich bedient hat oder nicht, gar nicht ankommt, wenn dieſer Einwand nur aus dem Vorbringen erhellt, und die Abſicht des Beklagten klar iſt, die klagweiſe gemachten Anſprüche abzuwehren. — Von Zwingen, von Aufdringen einer Wohlthat wider Willen, von einer gehinderten Dispoſitions-Freiheit wird wohl hier keine Frage ſeyn. Wollen wir lieber weniger grillenhaft fragen, ob es die Partei weiß, was ihr die Geſetze einräumen; und wenn ſie es dann nicht weiß, es ihr ſagen, um nicht einer unrechtlichen Täuſchung Vorſchub zu thun, übrigens ohne ſie an ihrem freien Entſchluſſe zu hindern. Dem Wollenden geſchieht nicht unrecht, aber Wollen ſetzt Erkennen voraus. — Aber der Richter ſoll hier nicht nur überhaupt mehr auf den Verſtand als auf den Willen der Partei wirken, ſondern auch ſich hierbei zur Maxime machen, daß er weniger in ſie hineinlegt, als aus ihr entwickelt; weniger ſie belehrt, was ſie zu thun habe, um ihre Abſicht zu erreichen, als die Hinderniſſe wegſchafft, weßhalb ſie dieſes nicht ſelbſt erkennt.

Wenn ſich der inſtruirende Richter durch paſſende Fragen das Sachverhältniß klar zu machen, das was eigentlich verlangt wird, und aus welchem Grund es verlangt wird, ſich entwickeln zu laſſen bemüht iſt, („Informations-Einziehung" in der preuß. Prozeßſprache;) ſo thut er im Grunde nichts anders, als was er in anderer Beziehung durch Beweisauflagen, oder vermöge ſeiner Direktions-Verbindlichkeit durch Verwerfung einer inepten Klage u. ſ. w. auch thut. Unmöglich kann man annehmen, daß das unwillkührliche Verſehen, der Irrthum einer Partei den Gegen-

theil berechtige, davon einen Vortheil zu ziehen, auf den er außerdem kein Recht hat. Dem Richter zur Pflicht machen, daß er zur Schonung (aus mangelhafter Rechtsvertheidigung des Gegentheils etwa!) wohlerworbener Rechte einer Partei ſich hier leidend verhalte, hieße offenbar, ihn zum Beſchützer der Ungerechtigkeit machen. Dem Rechtſuchenden den Rechtsſchutz bloß um deßwillen verſagen, weil er in der Form des Anſuchens und Vorbringens gefehlt, weil er aus verzeihlicher Unkunde einen Rechtsgrund (und dieſer läßt ſich doch ohne Verbindung mit dem Faktum nicht denken, und dieſes Faktum hat doch dieſer Rechtſuchende angeführt!) nicht allegirt oder ſeine Behelfe mangelhaft conſtruirt hat, — dieß wäre ſo arg, als die craſſeſte Formularjuſtiz; und würden wir denn auch, wäre dieß die Ordnung, eine Menge bisher für ordnungsmäßig gehaltener richterlicher Einſchreitungen für ordnungswidrig erklären müſſen.

Der inſtruirende Richter braucht alſo dem Kläger keine Cautelen, dem Beklagten keine Einwendungen an die Hand zu geben, wie der Advokat ſeinem Klienten. Es kann ihm, — und zwar nicht aus Gründen der Humanität oder einer gleichſam vormundſchaftlichen Fürſorge, damit die Partei doch ja die ganze Summe der Zuſtändigkeiten erhalten möge, worauf ſie rechtlich Anſpruch hat, ſondern lediglich um ſein implorirtes Amt zweckmäßig anzuwenden, — nur daran liegen,

> die auf die Entſcheidung Einfluß habenden thatſächlichen Verhältniſſe ſo weit entwickelt zu wiſſen, daß hiernach das Petitum modificirt erſcheine, damit, da ſich hiernach die Entſcheidung richtet, dieſe ſelbſt als gehörig begründet ſich darſtelle.

Sagen wir alſo immerhin dem Rechtsunerfahrnen und Unberathenen, was er rechtlich fordern kann, und überlaſſen dann das Weitere, ohne ſeinem eignen Urtheile durch ungeziemende Theilnahme vorzugreifen, ſeiner Entſchließung. Thun wir das Nämliche hiernächſt auch ſeinem in gleichem Verhältniſſe ſtehenden Gegner (hier wie dort ohne Befangenheit ſtets in reinem Rechtsgefühl) und das Gleichgewicht iſt nirgends geſtört. Es kann weder zum Klagen noch zum Excipiren jemand wider ſeinen Willen veranlaßt oder gezwungen werden. Aber die Herſtellung des bedrohten oder verletzten Rechtsſtandes iſt die Abſicht jedes Streitenden. Darum läßt er es auf den Prozeß und auf die richterliche Entſcheidung ankommen, und dieſer Abſicht gemäß muß vermuthet werden, daß die Partei wolle, was ihr nützlich iſt. Hat ſie einen Sachwalter, und dieſer unterläßt, den Willen ſeines Klienten nach deſſen Zweck auszudrücken, ſo entſteht die entgegengeſetzte Vermuthung: daß ſie nämlich das nicht wolle, oder darauf verzichte, was ihr nützlich iſt, weil ſie weiß, was ihr nützt, und doch davon keinen Gebrauch macht. Mag ſie ſich übrigens an dieſen ihren Sachwalter halten, oder damit, daß ſie dieſen und keinen andern gewählt hat, alſo gewiſſermaſſen unter eigener Schuld mit leidet, ſich tröſten. Iſt ſie vollends ſelbſt ſachkundig, ſo tritt jene Vermuthung noch in einem höhern Grade ein, und für die richterliche Fürſorge iſt nirgends ein Spielraum vorhanden.

Freilich iſt es ſchwer, bei manchem Individuum aus der Zahl der Richter vielleicht unmöglich, die Grenzen zwiſchen der unbefangenen Leitung eines Rechtsunerfahrnen und zwiſchen gefährdevollem Rathgeben mit einer allgemeinen Formel zu bezeichnen, die nirgends Zweifel übrig ließe. Es iſt ſchwer, viel-

leicht unmöglich, der Ungeſchicklichkeit und vollends dem böſen Willen einen Damm vorzuſetzen, der nicht zu durchbrechen wäre. Allein man hat es hier weder mit der Ungeſchicklichkeit noch mit dem böſen Willen zu thun, wofür überhaupt weder Regel noch Inſtruktion hilft. Wir verſuchen nur jener in ihren Beweggründen ſo achtungswürdigen Bedenklichkeit entgegen zu kommen, die nur der Ermuthigung durch einige Regeln bedarf, welche, wenn ſie auch vom Geſetz nicht deutlich vorgezeichnet ſind, doch wenigſtens als Reſultat vernünftiger Reflexion erſcheinen, und dem Denkenden mindeſtens Stoff zur weitern Ausbildung und zum zweckmäßigen Gebrauch in vorkommenden Fällen darbieten.

§. 23.

Reſultate.

Es ergeben ſich aus dem Bisherigen folgende Reſultate:

1) Die richterliche Einwirkung zur Verbeſſerung des Vorbringens einer Partei, gemäß der oben aufgeſtellten vierten Regel (§. 18.), findet nur im mündlichen Verfahren und bei Parteien ſtatt, die ſelbſt der Rechte und Geſchäfte unkundig, auch mit keinem rechtlichen Vertreter verſehen ſind.

2) Die richterliche Thätigkeit iſt hier in ſoweit ergänzend wirkſam, als es auf die Ordnung der äuſſern oder ſtyliſtiſchen Form des Anbringens, und auf Belehrung über die Mittel der Aufrechthaltung des als geſtört behaupteten oder vertheidigten Rechtsſtandes ankommt, überall mit Vorbehalt der Freiheit der Partei, dieſe Mittel zu gebrauchen oder nicht.

3) Die

3) Die Aufrechthaltung des rechtlichen Zuſtandes, der Abſicht des Betheiligten gemäß, iſt der einzige Richtungsgrund der richterlichen Thätigkeit. So wie jener nicht gefährdet erſcheint, wenn die von ihren Zuſtändigkeiten unterrichtete Partei ihr Recht freiwillig aufgiebt; ſo hört mit dem Augenblicke, wo die Partei frei wählen kann, der Grund der richterlichen Verwendung auf.

4) Wenn das Recht einer Partei nur auf beſondern Begünſtigungen bürgerlicher Geſetze beruht, z. B. Rechte aus der Verjährung, aus dem macedonianiſchen Rathſchluſſe ꝛc., ſo tritt der Grund einer nothwendigen Belehrung von Seiten des Richters ſo wenig ein, als einer eigentlichen Ergänzung.

5) Wenn aber die Partei zum Behuf der Verfolgung oder Vertheidigung ihres Rechts ſelbſt ſchon thatſächliche Verhältniſſe anführt, woraus jene Behelfe als bloße Kunſtgebilde von ſelbſt folgen, ſo bedarf es nicht weiter der Anhandgebung eines Stoffs, der ſchon da iſt, und ſeine Form erſcheint als Produkt der richterlichen Reflexion und wird nur uneigentlich als eine Ergänzung angeſehen. Hievon im folgenden Abſchnitte mit mehrerem.

IV.

Die Grenzen des ergänzenden Richteramtes.

§. 24.

Nur das Produkt der gepflogenen Verhandlung kann Gegenſtand der Subſumtion unter das Geſetz ſeyn.

Es iſt nun noch die Frage übrig: wieweit kann der erkennende Richter von Amtswegen verfahren? oder, da es ſich hier lediglich von Ergänzung deſſen handelt, was die Parteien an Thatſachen und Rechtsgründen vorzubringen unterlaſſen haben:

> welches ſind die Grenzen des ſuppletoriſchen Richteramtes bei der Entſcheidung im Civilprozeſſe?

Sowie bei der Inſtruktion des Prozeſſes und bei den leitenden Beſchlüſſen, die deßfalls nothwendig ſind, dem Richter, wie im vorigen Abſchnitte gezeigt worden, in der Regel nur das Vorbringen der Parteien zum Leitſtern ſeiner Thätigkeit dient: eben ſo kann dem erkennenden Richter nur das, was Reſultat jener Verhandlung iſt, Gegenſtand der Beurtheilung werden, und den Ausdruck deſſen motiviren, was im concreten Falle dem Geſetze gemäß iſt; mit andern Worten: der Richter kann nur nach den Akten ſprechen. Darauf und auf der Ueberzeugung, daß nichts aktenmäßig werden könne, wovon die Parteien nicht Kenntniß haben, beruht das Palladium der Rechtsfreiheit gegenüber der richterlichen Willkühr; und dieß iſt das Prinzip der Publizität der Rechtspflege nach

unſerm Prozeſſe. Was diejenigen wiſſen oder wiſſen können, denen es zu wiſſen gebühret, d. h. was aktenmäßig iſt, das iſt auch öffentlich. Auch wir haben keinen geheimen Prozeß; nie einen verlangt.

Es liegt in der Natur der Stellung des Richters, wenn die Geſetze verordnen, daß er keine Thatſachen ergänzen könne. Das verletzte Recht, weßhalb Schutz von ihm begehrt wird, beruht auf Thatſachen und Verhältniſſen, die er als Richter nur aus den Akten wiſſen kann. Jene Verhältniſſe liegen ſo lange auſſer der Sphäre ſeiner Erkenntniß, als ſie ihm nicht dargethan ſind. Sie ſind aber nur dann als dargethan anzunehmen, 1) wenn ſie gehörig vorgetragen, 2) über deren Richtigkeit kein Zweifel mehr obwaltet, welches der Fall iſt, wenn darüber der Gegentheil rechtlich gehöret und bei deſſen Widerſpruch durch Beweis juriſtiſche Gewißheit hergeſtellt iſt. Wie könnte der Richter überhaupt Thatſachen ergänzen, oder was davon nicht in der Verhandlung liegt, hineinlegen? Es müßte aus ſeiner Privatwiſſenſchaft ſeyn; allein hier träte er als Zeuge auf: und zwar wie? — unaufgefordert, ſich ſelbſt vernehmend, den Grad ſeiner eigenen Glaubwürdigkeit ſelbſt beſtimmend! Freilich mag ſeine Privatwiſſenſchaft ihn bisweilen in Verlegenheit ſetzen, nicht ſowohl dann, wenn ſie mit den ausgemittelten Thatſachen in Widerſpruch kommt, als vornehmlich da, wo über die Thatſache, wovon er Kenntniß hat, gar nichts oder nichts zureichend erwieſen vorliegt. Was ſoll er in dieſer Verlegenheit thun, um nicht über dem Richter den gewiſſenhaften Mann, oder über dieſem jenen zu verleugnen? — Er ſoll ſich durch ſein Anders-

wiſſen nicht irre machen laſſen, ſchlechthin den akten-mäßig erwieſenen Verhältniſſen zu folgen; oder er ſoll ſich der Ausübung ſeines Amts als Richter in dieſer Sache begeben, und als Zeuge ſich vernehmen laſſen [65]).

Nach meinem Dafürhalten kommt es hierbei darauf an:

I) wo kann ſich der Richter vernünftiger Weiſe in dem Fall einer bedenklichen Colliſion zwiſchen ſeiner Privatwiſſenſchaft und dem, was aktenmäßig als erwieſen oder nicht erwieſen vorliegt, zu befinden glauben?

II) Wie iſt die Sache einzuleiten, um ſeine Privatwiſſenſchaft als Zeuge ordnungsmäßig geltend zu machen?

Was die erſtere Frage anlangt, ſo iſt vor allen zu bemerken, daß hier lediglich von einer ſolchen Wiſſenſchaft die Rede ſeyn kann, die der Richter ſchlechthin als Privatmann erlangt hat. Denn was er als Richter weiß, worüber alſo auch ſeinem Zeugniße, wenn es ſonſt gehörig geeigenſchaftet iſt, auf ſeinen Amtseid Glauben geſchenkt werden muß [66]), gehört nicht hieher. Er kann hierüber ein Atteſtat zu den Akten legen, und dieß am beſten in der Form einer gerichtlichen Regiſtratur. Auch dasjenige, was demſelben aus den Akten, wenn gleich andern als den eigentlichen Prozeßverhandlungen bekannt iſt, rechne

65) Cujacius in observat. Lib. XII. c. 19.

66) Berger in oec. jur. Lib. I. Tit. I. th. 19. not 6. 7. Vergl. überdieß Hommel in rhaps. Obs. 211. v. judex und 586.

ich nicht hieher. Solche Akten können unbedenklich als ſ. g. Adhibend-Akten beigelegt werden; nur müſſen die Parteien von ihrem Daſeyn und dem Zweck ihrer Adhibirung in Kenntniß geſetzt werden, um allenfalls ihre Zuſtändigkeiten wahren zu können, was denn auch von dem bemerkten richterlichen Atteſtate gilt. Denn immer ſteht es als Grundſatz feſt:

> der Streit iſt nur nach den Akten zu entſcheiden, welche das Produkt der Verhandlungen der Parteien ſind, und worauf in dieſen Bezug genommen wird;

anders würde der Vorwurf des nicht verſtatteten rechtlichen Gehörs begründet erſcheinen.

Was nun aber die eigentliche Privatwiſſenſchaft des Richters, oder dasjenige, was er extra acta weiß, betrifft, ſo kann es darauf nur in ſofern ankommen, als

α) die Parteien ſelbſt auf ſein Zeugniß ſich berufen, oder

β) Gründe vorhanden ſind, daſſelbe von Amtswegen geltend zu machen.

Letzteres kann nur der Fall ſeyn, wenn das Zeugniß des Richters relevant iſt, alſo nicht vor, ſondern erſt nach vollführtem Beweiſe; jedoch auch hier nur wenn

1) nicht vollſtändig, oder

2) gar nichts erwieſen iſt.

Denn liegt über die Thatſache, wovon der Richter für ſeine Perſon Wiſſenſchaft hat,

3) bereits ein vollſtändiger Beweis vor,

es ſey das Beweisthema durch denſelben bejahend oder verneinend ausgemittelt; ſo iſt das Zeugniß des Richters in alle Wege irrelevant, weil derſelbe als Privatzeuge höchſtens nur einen halben Beweis wirkt [67]), der dem, was vollſtändig erwieſen iſt, weder etwas zulegen, noch ihm Abbruch thun kann. Und dieß iſt denn auch der Fall,

4) wenn ſich die Partei am Beweiſe verſäumt hat,

weil ſie damit auch das Beweismittel, welches ſich ihr in der Perſon des Richters darbot, verloren. Auch der Richter wird ſich hier (3, 4) weiter keinen Skrupel machen; ſollte auch das Reſultat des geführten Beweiſes mit ſeiner Erfahrung nicht übereinſtimmen; noch weniger, wenn der Beweisführer wegen Deſertion des Beweiſes die Folgen ſeiner eignen Vernachläſſigung trägt.

Nur in den beiden erſten Fällen (1 und 2) ſowie in dem Fall oben auf α tritt alſo die Frage

ad II. ein: wie iſt die Einleitung zur Geltendmachung der Wiſſenſchaft des Richters zu machen?

Hier würde ich nun, da von dem Beweisführer ſich nicht aus eigener Bewegung auf mein Zeugniß berufen worden (die Fälle 1 und 2), dieſem vor allen von dem Verhältniſſe Kenntniß geben, zugleich mit Benachrichtigung an den Gegentheil (im Geiſte der rechten Oeffentlichkeit!) und jenen binnen einer angemeſſenen präcluſiviſchen Friſt ſich zu erklären auffordern: ob er ſich auf mein Zeugniß berufen wolle? Erklärt er ſich gar nicht oder verneinend, ſo hat es

67) c. 28. X. de testibus.

dabei das Bewenden, und es iſt, als ob ich keine Wiſſenſchaft von der Sache hätte. Auch kann ich alsdann wohl ſehr beruhigt ſeyn, da dem Wollenden nicht unrecht geſchieht. Verlangt aber die Partei mein Zeugniß, oder hat ſie ſchon aus eigener Bewegung auf daſſelbe ſich berufen (der Fall ad α), ſo bleibt nichts übrig, als dem unmittelbaren Oberrichter hievon Anzeige zu machen, und demſelben zu überlaſſen, die Inſtruktion und Entſcheidung der Sache einem andern Gerichte per modum commissionis zu übertragen. — Soviel von dieſem critiſchen, in der Praxis übrigens ſeltenen Falle.

Thatſachen, die nicht zur Kenntniß der Intereſſenten aktenmäßig ausgemittelt (erwieſen oder zugeſtanden) vorliegen, d. h. nicht öffentlich [68]) ſind, kann alſo der Richter, wie ich vorhin bemerkt habe, nicht zum Gegenſtande der Subſumtion unter das Geſetz machen, oder ergänzen. Aber kann er notoriſche Fakta oder Ereigniſſe ergänzen? — Man könnte beſſer fragen: iſt bei dem, was notoriſch iſt, von einer Ergänzung irgend eine Rede? Die Antwort iſt: nein!

---

68) „Das hat man eben bisher secundum acta et probata geheißen", mag wohl mancher alte Praktiker von der Hauptttendenz der Oeffentlichkeit des Rechtsverfahrens, und bei dem Streben des Zeitgeiſtes (oder was es iſt) nach derſelben geurtheilt haben, und er hatte, im Weſentlichen wenigſtens, ſo unrecht nicht. Und ſo wäre denn der Nothruf nach dieſer Juſtizverbeſſerung eben doch nicht ſo gar dringend, daß man um der Abwehrung einer vermeinten Gefahr willen, etwa ohne gehörigen Vorbedacht verfahren, und ſo leicht Gefährliches unternehmen müßte!

Denn ſetzt der Richter als allbekannt voraus, was vielleicht auſſer ihm nur in einem kleinen Kreiſe als ausgemacht angenommen wird, ſo erſcheint er wiederum als bloßer Zeuge eines faktiſchen Verhältniſſes, welches abgeſehen von ſeiner Bekundung deſſelben die Partei als richtig anzunehmen keine Gründe hat. Iſt aber die Thatſache im eigentlichen und juriſtiſchen Sinne notoriſch, ſo kann man ſo wenig ſagen, daß ſie ergänzt werde, als dieß von einer bei der Prozeßverhandlung im gewöhnlichen Wege ausgemittelten Thatſache behauptet wird. Jene wie dieſe wird in den Kreis der Reflexion des urtheilenden Richters gezogen; jene als gemeinkündig, dieſe als durch die Inſtruktion zur Gewißheit gebracht. Ich werde weiter unten auf die ſ. g. Supplirung notoriſcher Ereigniſſe und deren Modalitäten zurückkommen.

Alſo nur, was als Produkt der gepflogenen Verhandlung vorliegt, iſt eigentlich Gegenſtand der Subſumtion unter das Geſetz, und führt zum Ausdruck deſſen, was in dem gegebenen Falle Rechtens iſt, und mit Rückſicht auf das Petitum unter den Parteien künftig als rechtliche Norm dienen ſoll.

§. 25.

Doch iſt der zweckgemäße Gebrauch der Thatſachen, den der Richter macht, unabhängig von dem, den die Parteien machen.

So beſchränkt des Richters Thätigkeit rückſichtlich der Suppeditirung von Thatſachen iſt, ſo frei iſt ſeine Bewegung in dem Kreiſe der Beurtheilung oder Verwendung derſelben, und muß es ſeyn. Denn er iſt keine todte Maſchine, vielmehr iſt ge-

rade durch jene Freiheit der Zweck ſeiner Thätigkeit bedingt, die Möglichkeit nämlich,

> den vorgebrachten Thatſachen gemäß, wiefern ſie ausgemittelt ſind, und mit Rückſicht auf das Petitum, zu erkennen, was Rechtens iſt.

Er kann daher nicht bloß dasjenige, was in der Anwendung der Geſetze von den Parteien überſehen worden iſt, ſondern auch Thatſachen ergänzen, dieſe nämlich in ſofern, als er einen andern Gebrauch bei Ertheilung des Rechtsſchutzes davon macht, als die Partei bei deſſen Implorirung davon gemacht hat; immer jedoch nicht weiter als für dieſen Zweck, alſo nur ſoweit, als von den Parteien als ihr Recht angeſprochen worden iſt, weil er ſonſt mit deren Dispoſitionsfreiheit in Widerſpruch kommen würde. Dieſe Operation wird freilich ſehr uneigentlich mit dem Ausdrucke: ſuppliren oder ergänzen bezeichnet, indem hier kein neuer Stoff geliefert, ſondern dem vorhandenen nur die paſſende Form gegeben wird.

Aber auch alle Thatſachen, ohne Rückſicht auf Art, Ort und Abſicht des Vorbringens, fallen in die Sphäre der möglichen Verwendung derſelben für den angeſprochenen Zweck von Seiten des Richters. Denn da das Amt des erkennenden Richters darin beſteht, daß er den vorliegenden Fall mit dem vom dem Geſetz vorausgeſetzten vergleicht (urtheilt), und dann nach der gefundenen Identität der Merkmale beſtimmt, auf welcher Seite das Recht ſey (entſcheidet), der concrete Fall aber nur in dem Inbegriff aller ſeiner faktiſchen Merkmale und Eigenheiten bezüglich auf das Geſetz ſich darſtellt, und dem Rich-

ter, weil er Recht ſprechen ſoll, daran gelegen ſeyn muß, alle dieſe Merkmale möglichſt (nämlich mit Rückſicht auf die Forderungen des vorgeſchriebenen Rechtsganges) ſich erkennbar zu machen: ſo folgt eben daraus als Regel:

> daß alle aktenmäßige, d. h. mit prinzipgemäßer Oeffentlichkeit verhandelte Thatſachen, ohne Rückſicht auf Art, Ort und Abſicht ihres Vorbringens, in den Kreis der Reflexion des Richters fallen und als Materialien für den Zweck ſeiner Thätigkeit verwendbar ſind.

Da aber dieſe richterliche Thätigkeit ihre Grenze findet in dem Antrage der Parteien, nämlich ſofern ſie für denſelben wohlthätig wirkſam iſt; ſo kommen wir dahin, daß der Richter nicht über das Petitum hinaus erkennen könne. Eine nähere Critik dieſes Satzes behalte ich mir auf die folgenden §§. bevor; hier nur noch etwas über das ſ. g. **Suppliren von Rechtsgründen.**

Wenn man ſagt, der Richter könne Rechtsgründe ſuppliren, ſo iſt das eigentlich ſchon nicht logiſch richtig ausgedrückt. Die Alten hatten einen Spruch, der das Verhältniß der Parteien und ihrer Rechtsvertreter gegenüber dem Richter gut bezeichnete: narra tu mihi factum, ſagt der Richter, ego tibi narrabo jus! Wir Neuern ſagen, bloß zierlicher: die juridiſche Beurtheilung der Thatſachen iſt von der Thätigkeit der Parteien unabhängig; — alſo auch wohl ſoweit, daß es keiner Belehrung des Richters bedarf, da wo es bloß auf deſſen kunſtmäßige Thätigkeit ankommt. Urtheilt alſo auch die Partei, die in demjenigen, was zur richterlichen Beurtheilung gehört, eigentlich dem Richter nur in die Hand arbei-

tet [69]), urtheilt ſie auch, ſage ich, über die Beſchaffenheit ihrer Rechtszuſtändigkeiten falſch, irrt ſie in den Gründen der Verfolgung oder Vertheidigung ihres Rechts: ſo ändert dieß doch an dem Weſen der Sache nichts. Ueberhaupt kann die richterliche Thätigkeit nur mit dem Willen, nicht mit dem Verſtande der Streitenden in eine irgend bedenkliche Colliſion kommen.

§. 26.

Erinomenon des Satzes: der Richter kann nicht ultra petitum erkennen.

Der Satz: der Richter kann nicht ultra petitum erkennen, fordert hier noch eine nähere Betrachtung. Vor allem bemerke ich (als Gegner des Satzes: in verbis simus faciles!) daß man ſtatt des Worts: petitum, im Deutſchen nicht ſchlechthin das Wort Bitte brauchen ſollte, ſondern dafür: Geſuch, Antrag. Die Bitte drückt ein Verlangen aus, wobei wir die Hoffnung der Gewährung nicht auf ein Recht, ſondern bloß auf unſer Bedürfniß und die Liebe des Gebers bauen [70]). Dieſe Idee iſt gegenüber dem Richter auf allen Seiten unſchicklich, und da ſie leicht zu falſchen Anſichten führen kann, verwerflich. Wenn die Partei als Kläger oder Beklagter u. ſ. w. ein Petitum ſtellt, ſo gründet ſie es allerdings auf ein Recht; ſie hat mit dem bloßen Wohlwollen des Richters nichts zu ſchaffen; auch will ſie es durchaus nicht von ſeinem guten Willen abhängig machen, ihr Recht zu ſprechen oder nicht. Doch dieſes mehr im Vorbeigehen.

---

69) v. Gönner's Handb. II. S. 245.

70) Eberhards ſynon. Handwörterbuch ꝛc. ꝛc. (3te Aufl.) n. 457. S. 303.

Man kann ſich das Petitum vorſtellen: a) als Ausdruck eines abſoluten Wollens; aber auch b) als die Concluſion eines Vernunftſchluſſes, welche, auf gewiſſe Prämiſſen gebaut, nur in der Vorausſetzung rechtlicher Folgerichtigkeit ihren Ausdruck erhalten hat, alſo von der (möglicher Weiſe irrigen) Vorſtellung, daß aus den Vorderſätzen nur dieſer und kein anderer Schlußſatz folge [71]. In der erſtern Beziehung (auf a) würde jeder Zuſatz, den der Richter über das, was verlangt worden, machen wollte, der Ordnung der Verhältniſſe zwiſchen Richter und Partei widerſtreben; er würde eine Ergänzung des Wollens des Betheiligten, alſo ein Eingriff in ſeine Freiheit ſeyn. Anders verhält ſichs (auf b) bei dem Petitum als Concluſion eines Syllogismus betrachtet. Hier hört daſſelbe auf, das Produkt bloßer Willensbeſtimmung zu ſeyn; es iſt Ausdruck des Verlangens,

> daß, da Dieſes (das Ausgedrückte) aus den Prämiſſen (Faktum und Geſetz) folge (oder zu folgen ſcheine) dieſes oder was ſonſt etwa wirklich daraus rechtlich folge, zuerkannt werden möge.

Dieſes: was ſonſt etwa ꝛc. muß als ſtillſchweigends verſtanden angenommen werden, ſofern als kein Grund vorhanden iſt, anzunehmen, daß eine

---

71) Auch nach dem franzöſiſchen Gerichtsſtyle werden die Anträge und Geſuche, womit ſich die Vorträge der Sachwalter ſchließen, *les conclusions* genannt. „Mes conclusions tendent à cequi plaise au tribunal condamner N. N. à payer“ etc. Napoleons I. Civilger. Ordn. des franz. Reichs; überſetzt von D. C. D. Erhard. Deſſau u. Leipz. 1808. Einleit. S. XV.

rechtſuchende Partei, um nur nicht geirrt zu haben, für den Inbegriff des ihr von Rechtswegen Gebührenden nur den ausdrücklich bezeichneten Theil ſich zueignen, das übrige aber zurücklaſſen wolle. Und hier haben wir denn unſere Salutar-Clauſel in ihrer natürlichen und vernünftigen Bedeutung, wo ſie aber auch als ſtillſchweigends beigefügt angeſehen werden muß.

Was alſo die Partei als Gegenſtand und Inbegriff ihres Geſuchs bezeichnet hat, iſt nicht ſowohl Wirkung ihres Willens, als vielmehr Produkt des reflektirenden Verſtandes. Nur dort würde genau nach dem beſtimmten Ausdruck ihres Verlangens erkannt werden müſſen, und der Richter könnte ſeinen Beſchluß nur in der Formel: bewilligt oder abgeſchlagen geben; z. B. die gebetene Einſicht der Akten wird bewilligt, die Verabfolgung derſelben ad aedes aber abgeſchlagen. Allein da, wo nur von dem Ausdruck eines Urtheils die Rede iſt (ad b), muß der Richter mehr auf das ſehen, was aus den Motiven richtig folgt.

Wird endlich dem Antrage der Partei überhaupt nur ſoweit ſtatt gegeben, als derſelbe dem Verhältniſſe der Thatſachen zu dem Geſetze gemäß iſt, warum ſollte der Richter dieſen Grundſatz nur da beobachten dürfen, wo die Partei zuviel, nicht auch da, wo ſie, im vermuthlichen Irrthum über den Umfang ihrer Zuſtändigkeiten, zuwenig begehrt hat?

Es kommt alſo da, wo das Petitum als Concluſion erſcheint, keineswegs auf das ausdrückliche Verlangen der Partei allein an, ſondern es wird vermuthet, daß alles, was zur Summe der Rechtszuſtändigkeiten derſelben nach dem entwickelten faktiſchen

Verhältniß und deſſen Zuſammenhange mit den Geſetzen gehört, in Antrag gebracht worden, bis das Gegentheil klar erhellt. Pro declaratione, ſagt daher Böhmer [72]) regulae: *judicem illa ex officio supplere debere, quae jura partium quidem concernunt, sed jure communi conveniunt,* illud praemittendum est: toties judicem hic officio suo fungi, quoties non constat, litigantem suo juri, quod judex supplere vult, expresse vel tacite renunciasse. — — Quando nulla ejusmodi praesumta renunciatio allegari, nec ex taciturnitate colligi potest, tunc sese exserit officium judicis suppletorium. Es wird alſo dem Kläger ex negotiorum gestione eine Schadloshaltung billig zuzuerkennen ſeyn, die ex mandato unpaſſend von ihm begehrt worden, wenn das obligatoriſche Faktum, zwar nicht als Mandat, wohl aber als negotiorum gestio begründet erſcheinet [73]). Es verſteht ſich von ſelbſt, daß dieß nicht bis zur Aenderung des ganzen Klagfundaments gehen, daß nicht ein ganz anderes Geſchäft als dasjenige, woraus der Anſpruch oder des Beklagten Verpflichtung abgeleitet worden, gleichſam untergeſchoben werden dürfe; ein Geſchäft, das nicht bloß die Entſtehungsart der Verpflichtung des Beklagten, ſondern dieſe Verpfichtung ſelbſt, nicht bloß die ent-

---

72) in tract. cit. c. IV. §. 10. 11.

73) Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur, et ideo praeses provinciae id sequatur, quod convenit ei ex fide eorum, quae probabuntur ſequi. L. 6. §. 1. D. de officio praes. Ferner ſoll ja der Richter simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem investigare; cap. 6. X. de judiciis.

ferntere oder mittelbare, ſondern auch die nähere oder unmittelbare causa petendi, verändert darſtellen würde. Denn hier würde nothwendig auch das verfolgte Recht ſelbſt ein anderes ſeyn, als was es der Abſicht des Klägers gemäß ſeyn ſoll. Dem Kläger kann daher nicht als Legat zuerkannt werden, was er von dem Teſtaments-Erben aus einem Vertrage mit dem Erblaſſer fordert, geſetzt daß auch die causa debendi in erſterer Beziehung klar aus den Akten erhellete, in letzterer aber auf weitere Erörterung beruhete; leicht begreiflich, da der Richter nicht wiſſen kann, ob der Kläger auch in dieſer Form den Anſpruch zu machen, gleichſam ein quid pro quo anzunehmen Luſt hat. Auch würde bei dergleichen Entſcheidung dem Kläger offenbar ultra petitum zuerkannt werden, oder dieſelbe nur auf ein ſo generell gefaßtes Klagvortragen und Begehren paſſen, daß um deßwillen ſchon die Klage als fehlerhaft und daher zur rechtlichen Erörterung gar nicht geeignet, mithin vom Anfang an verwerflich, erſcheinen müßte. Wenn übrigens auch gleich ein Irrthum in der Rechtsverfolgung rückſichtlich der Motive nicht ſchadet, ſo ſchadet er doch in Beziehung auf den Gegenſtand ſelbſt. Dem Kläger kann es alſo nach dem oben angeführten Beiſpiele vom mandatum nicht ſchaden, wenn er aus einem unrichtigen Grund eine Forderung macht, wenn nur der Grund, aus welchem ſie zuerkannt worden, faktiſch und juriſtiſch richtig iſt, und das angeſprochene Recht weſentlich daſſelbe bleibt. Denn daran wird wohl dem Kläger ordentlicher Weiſe ſoviel nicht liegen, ob man ihn als Geſchäftsführer mit oder ohne Auftrag annimmt, wenn er nur die geforderte Entſchädigung erhält. Mit andern Worten: es handelt ſich hier weniger um die Eigenſchaft, in

der er den Beklagten verpflichtet hat, als um das, wozu er ihn verpflichtet hat. Eben ſo kann es ihm gleichviel gelten, wenn ihm ſtatt eines angeſprochenen, aber nicht gehörig begründeten, teſtamentariſchen, das nach den Umſtänden ſtatt findende geſetzliche Näherrecht, oder ſtatt der ex conventione ohne Grund geforderten Zinſen, ſelbige ex mora zuerkannt werden, wenn nämlich deren Grund aktenmäßig feſtſteht. Wohl aber wird es dem Kläger nicht gleichgültig ſeyn, ob die Verbindlichkeit des Beklagten aus einem läſtigen oder wohlthätigen Titel hergeleitet, alſo wenn er ſie aus jenem in Anſpruch genommen hat, aus dieſem der Beklagte ihm verpflichtet erkannt wird.

§. 27.

Fortſetzung.

Aus dem Grundſatze, daß der Richter dem Geſuche gemäß erkennt, was dem Verhältniſſe der Thatſachen zu dem Geſetz angemeſſen iſt, kann auch eine aus Irrthum geſchehene Zuwenigforderung denſelben nicht abhalten, das, was das Rechte iſt, zuzuerkennen [74]), vorausgeſetzt, daß der Fordernde ſeine

74) Si quis minus, quam revera sit, taxaverit suam litem, nec ad hoc respiciat judex, sed in veram quantitatem calculum ferat. L. 1. §. 3. C. de plus petit. (3. 10.) — Si minus in intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat; veluti cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si cum totus fundus ei esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit. In reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio ei condemnat. §. 34. I. de act.

ſeine Abſicht, das ihm von Rechtswegen Gebührende in Anſpruch nehmen zu wollen, auf irgend eine Art zu erkennen gegeben hat [75]), welches zu vermuthen, wohl ſchon die nicht ausdrücklich erfolgte Verzichtserklärung in der Regel zureichen möchte.

Strube [76]) ſucht den Grund dieſer richterlichen Befugniß in der Salutar-Clauſel; und in dem vorhin (S. 93.) derſelben beigelegten Sinn iſt freilich auch nichts dagegen zu erinnern. Man könne, ſagt er, keineswegs vermuthen, daß ſich jemand desjenigen habe begeben wollen, was ihm gebührt, ſondern daß ſein oder ſeines Advokaten Irrthum das unrichtige Petitum veranlaßt habe. Zwar ſey es möglich, daß der Beklagte wider die Meinung des Richters etwas erhebliches einzuwenden vermöge, welches zu thun ihn des Klägers mangelhafte Forderung verhinderte; aber dieſes könne noch immer in der zweiten Inſtanz geſchehen, und dadurch alle Ungerechtigkeit vermieden werden, welche nicht abzuwenden wäre, wenn der Richter nach des Klägers irrigem Geſuch erkenne, weil ſolchen Falls dieſer gemeiniglich um das Seinige komme, da ihm der begangene Irrthum unbekannt bleibt. — Gegen dieſe Vorſtellung läßt ſich, in ihrer Allgemeinheit wenigſtens, manches einwenden, namentlich: daß der Beklagte damit um die Wohlthat der erſten Inſtanz kommt, und daß die zweite Inſtanz nun nicht bloß aus dem Grunde der vermeinten mangelhaften Reflexion des vorigen Richters (wie es eigentlich ſeyn ſollte), ſondern aus dem Grunde nothwendig wird, daß ein weſent-

75) v. Pufendorf T. II. obs. 107.
Müller ad Leyserum T. I. fasc. II. obs. 145.

76) in den rechtl. Bedenken IV. n. 112.

liches Erforderniß des Rechtsverfahrens überhaupt unbeachtet geblieben, nämlich das genügliche rechtliche Gehör der Streitenden; ferner: daß der Beklagte nunmehr die Folgen der Nachläſſigkeit oder Unwiſſenheit ſeines Gegners und deſſen Anwalts zum wenigſten mit einem Theile der in der Appellations-Inſtanz compenſirt werdenden Koſten verbüßen muß, weil man dem Kläger es nicht als Muthwillen anrechnen kann, wenn er ſich zur Erhaltung des in erſter Inſtanz erlangten Obſiegs in der zweiten einläßt. Richtiger iſt daher der Satz Pufendorfs (oben S. 3.) id, de quo nulla controversia intelligitur, judex decidere, et reo facultatem excipiendi adimere non debet.

Oft kann auch die Betrachtung, daß dadurch unnöthige Prozeſſe abgeſchnitten werden, alſo Gründe ſeiner geſetzlichen Wirkſamkeit, den Richter veranlaſſen, in ſeiner Entſcheidung über den ausdrücklichen Antrag hinauszugehen. Immer aber muß hier nur nach dem, was dem Rechte gemäß iſt, erkannt werden, nicht nach der bloßen (leidigen) Billigkeit, die überhaupt nur dem Geſetzgeber zur Norm dienen ſoll, nicht dem Richter, wo es ihm die Geſetze nicht ausdrücklich verſtatten. Er erkennt demnach auf das liquide Petitorium, ſelbſt wenn beide Theile in possessorio verhandelt haben [77]). Eben ſo kann und muß er bei gehörig erwieſenen Fehlern des Beſitzes, ſelbſt im ſummariſch poſſeſſoriſchen Prozeſſe gegen den

77) Voet. comm. ad pand. L. II. Tit. 13. §. 13. Pufendorf führt T. II. obs. 113. als Grund an: cum judicia possessoria praeparandi inprimis petitorii gratia inventa sint, qua praeparatione in petitorio manifesto non amplius indigemus.

fehlerhaften Beſitzer erkennen, um nicht einen doppelten Beſitzſtreit zu veranlaſſen und zugleich durch den, einem unredlichen Beſitzer verliehenen Schutz der Rechtswidrigkeit ſelbſt Vorſchub zu thun, der er ſteuern ſoll [78]).

Darauf, daß der Richter nach den Geſetzen ſprechen muß, beruht es auch, daß Früchte, Zinſen und Koſten zuerkannt werden, wenn ſie auch nicht ausdrücklich verlangt werden, und es iſt der Richter zum Ausdruck dieſer Nebenverbindlichkeiten nicht bloß berechtigt, ſondern ſogar verpflichtet, unangeſehen des Gebrauchs der Salutar-Clauſel. Es hieße dießfalls in der That den ehrwürdigen Beruf des Richters herabſetzen, wenn man die Unterlaſſung des Gebrauchs jener Clauſel zum Gegenſtand einiger Bedenklichkeit machte, „und daß es der Kläger alsdann ſich „ſelbſt beizumeſſen habe, wenn der Richter auſſer„weſentliche Mängel des Libells nicht verbeſſern, auf „die nicht gebetenen Nebenverbindlichkeiten nicht er„kenne, und der Kläger ſich alſo genöthigt ſehe, zu „Rechtsmitteln gegen das ausgeſprochene Urthel ſeine „Zuflucht zu nehmen“ [79]); — gleichſam als wenn es von dem guten Willen, der Laune oder gereizten Empfindlichkeit des Richters abhinge, recht zuſprechen oder nicht [80])!

78) Kind quaest. for. T. II. cap. 52.

79) Wie Danz in dem Grundſ. des ord. Prozeſſes §. 80. S. 196. Not. m. des Dafürhaltens iſt.

80) Wahr und treffend ſagt Voetius l. c. Si certiores sequamur iuris rationes, verſus est, hanc clausulam salutarem tantum ut abundantem cautelam considerandam esse, nec inde majorem judici accedere potesta-

Man kann als Regel annehmen,

> daß in dem Klagbegehren und in dem Vertheidigungs-Antrag der Partei nicht ſowohl der Grund als nur die Veranlaſſung zur Herſtellung des angefochtenen Rechtsſtandes liege;

und ſo ſcheint ſich der Zweifel zu heben: ob und wiefern mehr als gebeten worden, zuerkannt werden dürfe. Dieſer Regel gemäß locirt der Richter den Confursgläubiger in eine beſſere Claſſe als dieſer angeſprochen hat. Denn das Geſuch des liquidirenden Gläubigers hatte keinen andern Zweck als den, befriedigt zu werden, und wenn er in die fünfte Claſſe locirt zu werden verlangt hat, da er doch die vierte in Anſpruch nehmen konnte, ſo beruht dieß auf einem Irrthum, von dem die Mitgläubiger, als der Gegentheil, keinen Vortheil ziehen können, ohne ſich mit deſſen Schaden zu bereichern, und den der Richter verbeſſern muß, da es hier bloß auf rechtliches Urtheil ankommt, dem Liquidanten übrigens nur ſein Recht widerfährt. Dagegen würde der Richter ſehr fehlen, und ſchlechthin Thatſachen ergänzen, wenn er von thatſächlichen Verhältniſſen Gebrauch machen wollte, die nicht aus den Concursverhandlungen hervorgehen; wenn er z. B. den Liquidanten, welcher die Lokation als Baugläubiger ohne rechtlich zureichenden Grund in Anſpruch genommen, als Hypothekengläubiger ohne weiters lociren wollte, weil ihm dieſes in Liquidations-Verfahren nicht zur Sprache gekommene Verhältniß

---

tem, ſupplendi ea, quae deſunt, quam quae ex juris dispoſitione ei data eſt; cum et hic *non ab actoris arbitrio*, ſed a legis poteſtate tota dependeat judicantis poteſtas.

etwa aus der Hypotheken-Regiſtratur bekannt wäre; ingleichen wenn ein gewiſſes dem Liquidanten günſtiges Verhältniß zwar aus den Concursverhandlungen zu componiren wäre, dem Liquidanten aber etwas anderes als er verlangt hat, zuerkannt werden müßte, z. B. ein ius separationis, wovon er keinen Gebrauch gemacht hatte. Was der Richter bei der Inſtruktion des Concursprozeſſes in dieſer Beziehung für den Rechtsunerfahrnen thun kann und ſoll, davon war im vorigen Abſchnitte die Rede, und es findet das dort Geſagte bei dieſer eigenthümlichen Prozeßart beſonders Anwendung.

§. 28.

Nur aktenmäßige Thatſachen fallen in den Kreis der richterlichen Subſumtion.

Die Thatſachen, welche zum Grunde der Entſcheidung angewendet werden, müſſen aus den Verhandlungen hervorgehen, worauf erkannt wird. Sind ſie zwar aktenmäßig, jedoch in andern als den Akten des Prozeſſes enthalten, ſo müſſen die Parteien darüber gehört werden, weil doch immer möglicher Weiſe eine Veränderung damit vorgegangen iſt, und weil, ſo lange der Theil, den ein ſolches Moment betrifft, nicht mit ſeiner Erklärung darüber vernommen iſt, zum wenigſten (und das iſt bei der Rechtspflege immer bedenklich genug!) die Möglichkeit nicht ausgeſchloſſen iſt, daß etwas dagegen erinnert werden möchte. Denken wir uns folgendes Beiſpiel: Erben werden aus einer Schuld ihres Erblaſſers belangt, die ſie in Abrede ſtellen. Statt dem Kläger den Beweis ſeiner Klage aufzulegen, entbindet der Richter die Beklagten ſofort von der Klage, weil er nach dem Beſchluſſe der Sache zufällig in der Regiſtratur

findet, daß der Erblaſſer in früherer Zeit einmal als Verſchwender unter Vormundſchaft geſetzt, derſelben zwar hiernächſt wieder entlaſſen worden, die eingeklagte Forderung aber aus der Curatelperiode herrühret; ein Verhältniß, das den Beklagten unbekannt war. Hier kann der Richter nicht ſofort suppliren; denn es kann ja ein nachfolgendes Anerkenntniß die Schuld zur Gültigkeit gebracht haben, ohne daß der Kläger darum für rathſam fand, das eigentliche Verhältniß zur Zeit zu allegiren, was er aber replicando wohl gethan haben würde, wenn es der Beklagte in Anregung gebracht hätte. Der Richter hat alſo nichts zu thun, als die Parteien von dieſer neuen Erſcheinung in Kenntniß zu ſetzen, und mit Aufhebung des Aktenſchluſſes die erforderliche Verhandlung darüber zu veranlaſſen, damit er nicht eine Exception zuläßt, oder ſelbſt hervorzieht, quae, wie das Geſetz [81]) ſagt, prima facie justa videtur, tamen inique nocet. Der Richter ſoll aber auch eine dergleichen neue Erſcheinung nicht unbenützt laſſen, ſo lange noch die Sache unentſchieden iſt, non obstante, wie ſich cap. 10. X. de fide instrum. ausdrückt, quod ipsa interrogatio facta fuerit, postquam a partibus extitit in causa conclusum, cum judex, qui usque ad prolationem sententiae debet universa rimari, possit interrogare de facto, quoties dubitationis aliquid occurrit. Findet alſo der Richter das faktiſche Verhältniß mangelhaft vorgetragen und dunkel, ſo hindert ihn nichts, durch einen Zwiſchenbeſcheid eine vollſtändigere Inſtruktion anzuordnen [82]).

---

81) pr. J. de replicat.

82) Voet. ad tit. pand. de jud. (V. 1.) §. 49.)

Wenn Gensler [83]) ſagt, daß von dem Verhandlungs-Prinzip ausgegangen der Richter nicht befugt ſey, als rechtlicher Beiſtand des Klägers oder des Beklagten ſich zu benehmen, Thatſachen, welche weder der eine noch der andere Theil zur Aufnahme in die Akten vorbrachte, hineinzutragen oder zu ergänzen; daß er in ſofern ſich leidend verhalten müſſe, und nur das als Gegenſtand ſeiner Reflexion und Subſumtion unter das Geſetz anſehen dürfe, was die Parteien ſelbſt zu dieſem Behuf ihm darbringen: ſo iſt man weit entfernt, das Gegentheil zu behaupten. Es iſt dieß vielmehr nicht bloß nach dem Verhandlungs- ſondern auch nach dem Unterſuchungs-Prinzip alſo, wie im folgenden Abſchnitte mit mehrerem gezeigt werden wird. Nach keiner vernünftigen Prozeßordnung in der Welt dürfte wohl dem Richter verſtattet ſeyn, den Beiſtand des einen oder des andern Theils zu machen; auch hoffe ich mit dem bisher, beſonders im §. 20. Geſagten nichts Widerſprechendes geſagt zu haben. — Wenn aber a. a. O. weiter bemerkt wird: nur das, was die Parteien, dem Richter darbringen, ſolle er verarbeiten, alles andere Thatſächliche aber, wäre es ihm auch noch ſo bekannt, und hätte es den erheblichſten Einfluß auf den vorliegenden Rechtsſtreit, ſey für ihn als Richter nicht vorhanden; ſo glaube ich dagegen erinnern zu müſſen, daß dieß mit großer Behutſamkeit angewendet und nicht weiter, als es der Autor ſelbſt nur verſtanden haben kann, ausgedehnt werden darf, wenn nicht das Ungeheuere darin liegen ſoll, daß der Richter der Form das Recht aufopfern ſoll, zu deſſen Schutz er da iſt. Ich rede hier nicht im Geiſte jenes jugend-

83) im Handb. zu Martin's Lehrb. des Prozeſſes, I. Th. S. 64.

lichen Richters, der in ſeiner Humanität vergaß, was man als Richter von ihm forderte, und darum von dem alten Praktiker (vielleicht wieder in zu ſtarrer Conſequenz aus dem entgegengeſetzten Extrem) tüchtig zurechtgewieſen wurde [84]). Auch iſt hier nicht der Fall von mir gemeint, wo der Richter durch ſeine Privatwiſſenſchaft in Verlegenheit verſetzt wird (§. 24. oben). Aber denken wir uns den Fall: der Richter wüßte aus einem vor ihm verhandelten Vermögens-Separationsprozeſſe zwiſchen geſchiedenen Eheleuten, daß eine gewiſſe Capitalſchuld an N. beſtünde; ſie wäre in das Inventarium aufgenommen und als ohne Handſchein vorgeliehen bezeichnet, hiernächſt von dem Manne zur Bezahlung auf ſich genommen worden; es wäre auch kein vernünftiger Zweifel in die Richtigkeit dieſer Angabe zu ſetzen; es käme aber hiernächſt auf die Klage des N. zum Prozeß und jener Schuldner leugnete die Exiſtenz der Schuld. Soll nun der Richter, da N, von dem Inhalt jener Separations-Akten nichts weiß, ſich ſchlechthin leidend verhalten? von ſeiner Wiſſenſchaft nichts ſagen? es wohl gar auf Eide ankommen laſſen? — Jedermann würde den Richter, der dieß zuließe, der, was ihm von den Parteien nicht dargebracht worden, als für ihn nicht vorhanden hier annähme, für einen heilloſen Mann erkennen, und gewiß mit Recht. Anders würde das, wer in einem Prozeſſe Recht behält, mehr oder weniger lediglich von dem günſtigen Zuſammentreffen gewiſſer Umſtände, alſo vom Zufall abhängen, und die Redensart: ſeinen Prozeß gewinnen oder verſpielen, eigentlich recht ſinn- und bedeutungsvoll werden. Möchten doch ja unſere Richter in ihrer Strenge die von Paulus l. 91. §. 3. D. de V. O.

84) A. Gellius Noct. Attic. L. XIV. c. II.

angeführten Worten nie vergeſſen: in hoc genere (quaeſtionum de aequo et bono) plerumque ſub auctoritate juriſſcientiae pernicioſe erratur!

Der Richter wird alſo in dem gegebenen Falle zwar nicht ſofort ſuppliren; aber er wird die in Frage befindlichen Separations-Akten adhibiren, und die Parteien von dem Aufſchluſſe, den ſie geben, in Kenntniß ſetzen. Denn hier iſt einer von den Fällen, wovon Voet am letztangeführten Orte ſagt: Si a partibus omiſſa cauſam relinquant obſcuriorem ac difficiliorem ejus determinationem, judex monere poteſt litigantes, ut plenius inſtruant litem. Auch erſcheint hier der Richter keineswegs als ein über ſeine Privatwiſſenſchaft bekundender Zeuge.

Damit ſteht nicht im Widerſpruch, was ich vielmehr als unerläßliche Regel annehme: So oft die Rede davon iſt, daß der Richter nach den Akten erkennen ſoll, ſind diejenigen Akten verſtanden, welche durch die Prozeßverhandlung erwachſen ſind, aber auch diejenigen, worauf ſich in derſelben bezogen wird, oder welche, wie in dem gegebenen Beiſpiele, von dem Richter zum Gegenſtande der Verhandlung gemacht worden ſind. Nur aus dieſen Akten, welche auf die angegebenen verſchiedenen Arten den Verhandlungsſtoff enthalten, muß der Einwand, den der Richter in facto ſupplirt, hervorgehen. Denn nur ſo wird die formelle der materiellen Gerechtigkeit näher gebracht, aber auch nur ſo erlangt man die Ueberzeugung, daß niemand ungehört verurtheilt werde, der größte Vorwurf, der dem Verſtande des Richters gemacht werden kann.

Damit entſcheidet ſich auch die Frage: wiefern der Richter notoriſche Thatſachen ergänzen könne.

Es ſind ſolche, die dergeſtalt allgemein bekannt ſind, daß kein vernünftiger Grund, dieſelben in Zweifel zu ziehen, vorhanden iſt [85]). Solche Thatſachen, z. B. daß das Getreide von der Ernte des Jahrs 1816—1817. in Baiern mehr als das Dreifache gegen den Preis in mittlern Jahren koſtete, bedürfen als notoriſch nicht nur keines Beweiſes, ſondern es läßt ſich auch vernünftiger Weiſe nicht annehmen, daß die Partei, zu deren Nachtheil der Richter, ohne ſie erſt ausdrücklich darüber zu hören, davon Gebrauch macht, etwas dagegen anzuführen haben ſollte. Eigentlich wird ſie, wie oben (S. 88.) ſchon bemerkt worden, auch nicht ergänzt, ſondern nur in den Kreis der Reflexion gezogen. Macht aber ein ſolches notoriſches Ereigniß den Grund der Klage oder Exception aus, (z. B. der exc. pluris petitionis gegen einen Verpächter, der dem beklagten Pächter mit der Entrichtung ſeines Naturalkornpachtſchillings bis zur nächſten Ernte nachzuſehen verſprochen, wenn das Getreide das Doppelte des Werths in mittlern Jahren überſteige, gleichwohl aber dieſem Verſprechen entgegen klagbar aufgetreten): ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß dieſe notoriſche Thatſache wenigſtens allegirt worden ſeyn muß. Denn wäre dieß Verhältniß nicht angeführt, ſo würde die Exception nicht ſchlüßig, alſo inept und vom Anfang an verwerflich ſeyn [86]).

---

85) allg. G. O. für die preuß. Staaten, Th. I. Tit. 10. §. 56. conf. Gönner's Handbuch II. n. 37. §. 11.

86) Daher ſagt Perez ad tit. Cod. ut quae desunt advocatis etc. immo quamvis notoria sint (facta) non debent a judice suppleri; nam notorium factum, licet relevet ab onere probandi, *non tamen a necessitate allegandi.*

§. 29

Wieweit rückſichtlich der Einreden die ſuppletoriſche Befugniß des Richters reiche.

Ob der Richter eigentliche Einreden und Rechtsbehelfe, z. B. SCti Vellejani, Macedoniani, praescriptionis, excussionis u. dgl. ſuppliren könne, beruht wohl auf einem bloßen Wortſtreit. Es läßt ſich kaum denken, wie der erkennende Richter in den Fall ſollte kommen können, Einreden, wozu ihm kein Anlaß gegeben worden, auf gerathewohl aus der Luft zu greifen. Iſt ihm aber dazu Anlaß gegeben worden, ſo iſt nicht vom eigentlichen Suppliren, ſondern nur von der Art des gemachten Gebrauchs die Rede. Anlaß kann aber gegeben werden, und dieß ein rechtfertigender, wenn die Thatſachen angeführt und dargethan ſind, worauf ſich ein ſolcher Einwand gründet. Dann tritt die richterliche Reflexion ein, und der Richter macht von dem Faktum, ſofern es erwieſen vorliegt, dem Petitum des Klägers oder Beklagten gemäß denjenigen rechtlichen Gebrauch, der davon zu machen iſt, ohne Rückſicht auf die Tendenz ſeines Vorbringens, ſelbſt wenn es nur auf einem gelegenheitlichen Anführen ohne allen wenigſtens beſtimmt ausgedrückten Zweck beruhen ſollte [87]. Wenn alſo z. B. die aus einer Bürgſchaft in Anſpruch genommene Ehefrau den Einwand der liſtigen Ueberredung macht, und deßhalb ihre Bürgſchaft für nichtig zu erklären bittet, aus

87) Quae actis inserta sunt vel ex actis probari statim liquido possunt, illorum judex omnino rationem habere debet, si vel maxime non allegantur. Boehmer l.c. Cap. IV. §. 12. v. Bülows u. Hagemanns prakt. Erört. III. n. 44.

dem Inſtrument aber ſich ergiebt, daß keine ordentliche Belehrung der weiblichen Rechtswohlthaten bei der Bürgſchaftsleiſtung gemacht worden: ſo kann wohl der Richter, ſtatt auf den Beweis des vorgeſchützten Einwandes der liſtigen Ueberredung zu erkennen, die Beklagte ohne weiters dem Vellejaniſchen Rathſchluſſe gemäß abſolviren. Die exc. SCti erſcheint alſo nur als faktiſch erwieſener und rechtlich zur richterlichen Reflexion gehöriger Unterſtützungsgrund des Widerſpruchs des Klaggrundes, ſtatt des minder paſſenden Einwandes des Betrugs. Aus dem nämlichen Grunde kann der Richter die Einrede der Verjährung, die exc. rei judicatae, legis Anastasianae etc. ſuppliren, wenn ſie zur Begründung eines vertheidigten Rechts aus den Akten erhellen. Denn er ergänzt hier kein Faktum, er verarbeitet es nur; er giebt der gegebenen Materie die Form. Eben ſo wird der Kläger nicht behaupten, daß der Richter ſeine Befugniß überſchreite, wenn der aus einer Bürgſchaft angeſprochene Beklagte ſeine Schuldigkeit, jetzt ſchon Zahlung zu leiſten, aus dem Grund einer ihm gegebenen Nachſicht verneint, aus dem Bürgſchaftsinſtrument aber ſich ergiebt, daß ſich der Bürge der Wohlthat der Vorausklagung nicht begeben habe, und der Richter hiernach erkennt. Es ſetzt aber die Ergänzung einer ſolchen Einrede in alle Wege voraus:

1) daß die Thatſache, worauf ſie ſich gründet, unbezweifelt in den Akten enthalten ſey [88];
2) daß durch die der Einrede gegebene Wirkung kein anderes Reſultat erzielt werde, als der

88) Numquam supplendum factum nisi in judicium deductum, et sit tale, ut ex actis et instrumentis litis non modo conjici, sed etiam probari queat. — Perez l. c. A. Faber Cod. Lib. II. Tit. 7. def. 1.

Rechtsvertheidigung nach der Abſicht des Beklagten gemäß iſt, (petito congruat).

Ich kann dieſe Materie nicht verlaſſen, ohne vorher noch einige Autoritäten für meine Anſicht anzuführen.

Voet[89]): exceptionum, quae merae juris sunt, neglectarum perinde judex rationem habere debet, ac si a parte objectae essent; *si modo ita facta in judicio commemorata fuerint, vel instrumenta talia producta, ut ex iis exceptiones sponte resultent.* — Quid enim si ex allegatis constet, filium familias fuisse testatorem, ex cujus testamento actio movetur? Certe, cum juris manifesti sit, invalidum praecipue testamentum esse, si is, qui testamentum fecit, caruerit testamenti factione, iniquus plane judex fuerit, si sciens ista actori adjudicaverit, quae nullo fuerant jure petita. Idemque juris est, si non fuerit a reo converito objecta actori agenti *praescriptio actionis*, qua convenitur, *quoties ex allegatis indubium est, elapsa esse tempora actioni tali movendae praefinita.* Nec aliud statuendum in *exceptione divisionis*, quae et ipsa meri juris est, adeoque satis sub appellatione et persona fidejussoris in judicium deducitur. Neque rationem animadverto, cur aliud dicendum foret de *ordinis seu excussionis exceptione*, quoties ex instrumento fidejussionis, ex quo creditor agit, simplex fidejussio, sine ulla beneficiorum renunciatione interposita deprehenditur, *nec actoris reive conditio aut ipsius debiti natura hoc*

89) ad pand. V. I. §. 49.

beneficium de jure excludit. (Ein anderes wäre es, ſagt er nun, wenn die Bürgſchaft bloß durch Zeugen oder Zugeſtändniß erwieſen wäre, in welchem Falle der Richter freilich den Einwand nicht suppliren könne, weil die Ausſagen der Zeugen oder das Zugeſtändniß des beklagten Bürgen wohl leicht nicht alle Modifikationen des Bürgſchaftsgeſchäfts ausdrücken könnten. Was dagegen die Beſorgniß anlange, daß dadurch dem Bürgen mehr vom Richter zugelegt werde, als jener ſelbſt vielleicht rechtlich habe geltend machen wollen, ſo ſey ſie grundlos; — und er fährt nun fort): Esto enim, quod ea forte fuerit fidejussoris conventi sententia; quia tamen ea hactenus judici ignota est, notum autem, talem fidejussori exceptionem competere de jure, incerta illa fidejussoris mens atque intentio, quae facti est, non impedit, quo minus interim suppleat judex ea, quae juris sunt, donec reus manifestaverit, se isto nolle beneficio uti. Nam et in aliis omnibus, quae tanquam meri juris a judice suppleri posse et debere inter omnes constat, idem evenire potest, ut reus consulto jurium praetermiserit allegationes, aut consuetudinis indubiae mentionem, dum caussam suo donare vult adversario, atque ita pugnare, tanquam qui victoriam referre reformidat: neque tamen ideo vel leges vel interpretes judici denegarunt in hisce potestatem supplendi ea, quae advocatis partium videbantur deesse.

Zaunschliffer [90]): Potest judex etiam res facti v. c. exceptiones non propositas sup-

90) in tract. cit. P. I. concl. 10.

plere, *modo* eae ex actione proposita, productis instrumentis, confessione partis aut alias *ex actis quasi per rimam appareant, et sic judici ut judici de illis constet earumque veritate* — — Opponenti sufficit narrare factum, ex quo apparet, exceptionem competere. Et licet reus, qui factum narravit, expresserit unam exceptionem sibi competentem, si tamen ex facto narrato alia competit, et exprimit, quod opponit aliam sibi competentem ex narratis, et in veritate competit, dicendum est, quod iam illa omissa opposita sit.

de Cramer[91]): Nihil est, quod officio judicis suppletorio obstaret, vi cuius exceptiones publicam utilitatem respicientes, ex actis elucentes et actionem ipso jure elidentes e. c. exc. L. Anastasianae, SCti Macedoniani, Vellejani etc. a parte non oppositas supplere potest. Quo etiam collineat *Ziegler* verbis: pari modo, si exceptiones, de quibus ex actis manifeste constat, attenderit judex, et propter eas reum absolverit, ut maxime ab eo allegatae non fuerint, *nihil ille supplet in facto, cum istae exceptiones facto jam insint*, et ex actis probari luculenter queant. *Nec non omnino suppletur, quod ex ipsis actis et instrumentis litis colligitur.*

v. Kreitmayr[92]): Die Exceptionen, welche ex actis erſcheinen, ſind in der That angebracht, wenn man ſie gleich nicht mit Namen ge-

---

91) in observ. iur. un. T. I. obs. 29.

92) in den Anmerk. ad cod. jur. bav. jud. c. VI. §. 9.

nannt hat, und ſie müſſen alſo attendirt werden, doch niemals weiter als das Petitum des Beklagten mit ſich bringt. Denn ſo wenig der Richter an dem petito der Klage von Amtswegen etwas ändern oder erſetzen mag, ſo wenig gebührt ihm dieß auch bei dem petito des Beklagten. Wenn alſo der Richter gleich ex actis ſiehet, daß dem beklagten Bürgen nicht nur die exc. ordinis ſondern auch divisionis von Rechtswegen zukömmt, ſo kann er doch auf jene ex officio nicht mehr ſprechen, wenn der Beklagte ſelbſt in dem petito nicht darauf anträgt, ſondern nur auf das beneficium divisionis allein provociret. Ein anderes wäre es, wenn der beklagte Bürge das Faktum nur simpliciter vorträge, und deßhalb von der Klage abſolvirt zu werden begehrte; denn da kann der Richter ſowohl auf obige als andere Exceptionen, ſoweit ſie ex actis erſcheinen, zu des Beklagten Gunſten keck ſprechen, weil das Petitum dadurch nicht überſchritten wird.

§. 30.

Rückblicke auf das §. 24 — 29. Erörterte.

Das ſuppletoriſche Amt des Richters findet ſeine richtige und entſcheidende Grenze in dem Zwecke des richterlichen Amtes ſelbſt. Es iſt alſo nur ſoweit gültig wirkſam, als es ſich in dem Momente der Entſcheidung nicht aus dem Gebiete der Reflexion über gegebene (als Produkt der Verhandlung erſcheinende) thatſächliche Verhältniſſe, und was hieraus den Geſetzen gemäß rechtlich folgt, entfernet. Der Richter iſt daher zwar gebunden, nur von dem durch die Verhandlung gegebenen Stoffe Gebrauch zu machen, aber er iſt frei in ſeinem Urtheile über die Art des Gebrauchs; das Urtheil der Partei kann ihm deßfalls nicht die Hände binden. Er iſt ferner zwar gebun-

gebunden an den erklärten Entſchluß der Rechtſuchenden rückſichtlich der Geltendmachung ihres Rechts, nicht aber an deren bloßes Urtheil über den Umfang dieſes Rechts. Daher iſt er zwar gebunden an das Petitum, ſoweit es beſtimmende Willensäuſſerung iſt, (non ultra petita jus dicit,) nicht aber ſoweit es als Concluſion der vorgetragenen Rechtszuſtändigkeiten erſcheint; denn er erkennt, was Rechtens iſt von Rechtswegen.

Ergänzen im eigentlichen Sinne kann alſo der Richter niemals, was den Stoff zur Beurtheilung betrifft. Er kann keine thatſächliche Materialien liefern, alſo auch nicht ergänzen, oder erſetzen, was bei der Verhandlung deßfalls unvollſtändig geblieben iſt. Die Akten, welche nach dem Beſchluß der Sache zum Spruche vorliegen, ſind ein geſchloſſenes Ganzes; man kann nichts dazu, nichts davon thun. Was nicht in den Akten iſt, iſt für den erkennenden Richter nicht in der Welt. Aber der gegebene Stoff läßt eine allſeitig freie Behandlung im Raume der Reflexion zu. Demnach iſt das Richteramt ſeinem Begriffe nach, indem es ein urtheilendes iſt, nothwendig auch zugleich ein ergänzendes, nämlich in ſeiner Art, indem es erſetzt, nicht was an dem Stoffe fehlt, welcher Gegenſtand der Beurtheilung iſt, ſondern an dem von den Parteien aus Urſache eines mangelhaften Urtheils davon gemachten mangelhaften Gebrauche. Daher kann man hier als

Regel

annehmen:

Was aus den in dem Prozeſſe ausgemittelten Thatſachen als rechtliche Folge hervorgeht, und als ſolche von der in ihrem Rechtsſtande ſich verletzt erachten-

den Partei begehrt wird, muß von dem zur Aufrechthaltung dieſes Rechtsſtandes aufgeforderten Richteramt als jenem gemäß ausgeſprochen, alſo zuerkannt werden, wenn auch das Begehren anders motivirt oder ſelbſt auch anders modifizirt ſeyn ſollte, als den entwickelten Rechtsverhältniſſen angemeſſen iſt, ſofern nur dem Rechtſuchenden damit nicht mehr zuerkannt wird, als aus ſeiner freiheitsgemäß erklärten Abſicht folgt;

oder:

der Richter kann in Privatſachen den verletzten Rechtsſtand nicht anders herſtellen, als indem er deſſen Beſchaffenheit den entwickelten Verhältniſſen gemäß, übrigens mit Rückſicht auf das Begehren der darin Verletzten, durch Erkenntniß beſtimmt.

§. 31.

Ueber das ſogenannte richterliche Durchgreifen.

Durch nichts würde der Richter die Grenzen ſeiner Gewalt mehr überſchreiten, als wenn er nach andern als ausgemittelten, alſo zugeſtandenen oder erwieſenen Thatſachen entſcheiden, wenn er das für recht erkennen wollte, was gegen den deßhalb erhobenen Widerſpruch nicht durch Beweis zur rechtlichen Gewißheit gebracht iſt. Und doch giebt es Fälle, wo dem Richter verſtattet iſt, und gebieteriſcher Umſtände wegen auſſerordentlicher Weiſe verſtattet ſeyn muß, einen Rechtsſtreit anders als nach

dem eben bemerkten Grundſatz zur Erledigung zu bringen, wenn ein gütliches Uebereinkommen nicht ſtatt findet. Man nennt die Thätigkeitsäuſſerung, die er vermöge dieſer, wenigſtens in ihrer bedenklichern Form glücklicher Weiſe nur ſelten nothwendigen, Befugniß geltend macht — **Durchgreifen**, und verſteht damit diejenige Handlung des erkennenden Richters, da er in gewiſſen auſſerordentlichen Fällen einen Rechtsſtreit zwar nicht **gegen das**, was erwieſen iſt, aber **unangeſehen, daß etwas nicht erwieſen iſt, was ſonſt erwieſen ſeyn ſollte**, nach billigem Ermeſſen entſcheidet.

Gleichwie in dem Prozeßverfahren, wie oben (§. 19.) bemerkt worden, Gründe eintreten können, die eine Abweichung von der Regel des Rechtsganges, und ſomit den ſummariſchen Prozeß begründen; ſo iſt dieſes auch, wenn ſchon der Natur der Sache nach ungleich ſeltener da der Fall, wo es auf die Entſcheidung ankommt, nämlich wenn die Umſtände des Falles von der auſſerordentlichen Beſchaffenheit ſind, daß **entweder** Rückſichten des öffentlichen Wohls verbieten, ein förmliches Prozeßverfahren einzuleiten, und den Streit erſt nach vorgängiger, obgleich ſummariſcher Erörterung der faktiſchen Verhältniſſe durch Erkenntniß zu erledigen; **oder** die Verhältniſſe des Rechtsſtreits an ſich betrachtet ſo geeigenſchaftet ſind, daß eine rechtliche Entſcheidung unter ihren ſonſtigen Erforderniſſen ſchlechthin nicht möglich fällt, z. B. bei ganz verdunkelten Grenzen; **oder endlich**, wo die rechtliche Gewißheit über das zwiſchen den Parteien beſtehende Rechtsverhältniß nur mit einem Aufwande von Mitteln zu erlangen wäre, gegen welchen der Zweck der Rechtsverfolgung in keine Betrachtung käme, alſo bei geringfügigen Gegenſtän-

den. In Fällen dieſer Art iſt nun freilich vor allen Pflicht des Richters, eine gütliche Vereinigung der ſtreitenden Theile möglichſt zu bewirken. Allein für den nicht nur möglichen, ſondern oft ſogar wahrſcheinlichen Fall, daß die Parteien ſich nicht vergleichen wollen, (denn die ſubjektive Verwirrung nimmt oft in dem nämlichen Grade zu, in welchem die objektive gewachſen iſt,) für dieſen Fall muß das Geſetz Sorge tragen,

daß wenigſtens durch irgend ein Mittel der Streit zum Aufhören gebracht werde.

§. 32.

Vorſtellung der Rechslehrer.

Da die Geſetze hierüber keine ganz deutliche Beſtimmung enthalten, ſo ſind auch die Meinungen der Rechtslehrer [93]) über den eigentlichen Charakter die-

---

93) Ausführlich haben dieſe Materie abgehandelt:
- Eberwein diss. de transactione cogenda. Gob. 1708.
- Heimburg diss. de transact. judiciali invita. Jen. 1746.
- Schmid diss. officium et prudentiam judicis circa amicabilem litium compositionem exponens. Jen. 1747.
- Kapff de transact. imperata. Tub. 1761.
- Bartels diss. an transactio partibus invitis imperari possit. Goett. 1790.

(Dieſe letztere Diſſertation habe ich nicht zur Hand gehabt.)

Dann ſind noch nachzuleſen:
- Mev. P. I, Dec. 224. 225. III. dec. 217. VIII. dec. 296.
- Schilter praxis I. R. exerc. IX. § 25.
- Strube R. B. I. n. 66. Willenberg in exerc. Sabbath. n. LXI.
- v. Quiſtorp in den rechtl. Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit, II. n. 35.

ſes Auskunftsmittels getheilt. Es war natürlich, daß man zunächſt auf die Idee kommen mußte, man könne hier die Partei das zu thun zwingen, was ſie, wenn ſie der Vernunft Gehör gäbe, freiwillig thun würde, nämlich ſich zu vergleichen, und man fragte ſich nur: in welchen Fällen kann der Richter die Parteien zum Vergleiche zwingen? Beſſer hätte man gefragt: iſt ein erzwungener Vergleich mit dem Begriffe deſſelben vereinbarlich [94])? — iſt ein Vergleich, oder die freiwillige Uebereinkunft der Parteien, durch gegenſeitigen Nachlaß an ihren vermeinten Zuſtändigkeiten den Streit zu beſeitigen, das einzige Auskunftsmittel? — oder auch, iſt das, was der Richter hier bewirkt, ein Vergleich, oder das Reſultat einer beſondern Thätigkeit? — Man ſah ein, daß es nur zwei Wege gäbe, einen Prozeß zu ſchlichten: Vergleich oder Erkenntniß. Nun urtheilte man ſo: ein Erkenntniß, wodurch nicht ausgemittelte Thatſachen als Gegenſtand der Subſumtion unter das Geſetz angenommen werden, iſt juriſtiſch ein Unding, alſo iſt das Auskunftsmittel, von dem hier die Rede iſt, ein erzwungener Vergleich. Freilich mußte man fühlen, daß man hier ein Unding ſtatt eines andern ſetzte.

Mevius (a. a. O.) iſt der Meinung, daß in Injurien-Sachen zur Abwendung öffentlichen Aerger-

94) Wenn man freilich in der Verirrung ſoweit gehen konnte, anzunehmen, daß ein erzwungener Vergleich am Ende doch ein freiwilliger werde, (ex arg. L. 21. §. 5. D. quod metus causa: „quamvis si liberum fuisset, noluissem, tamen coactus volui“). Eberwein in diss. cit. c. 2. §. VI. — ſo war natürlich jeder Bedenklichkeit gleich der Kopf abgebiſſen.

niſſes die Parteien zum Vergleich genöthigt, oder wenigſtens indirekter Weiſe durch Verzögerung des Verfahrens mürbe und zur Verſöhnung geneigt gemacht werden könnten. Bei Streitigkeiten zwiſchen Aeltern und Kindern, ferner zwiſchen Geiſtlichen der nämlichen Kirche finde ebenfalls ein Zwang zum Vergleiche ſtatt.

v. Quiſtorp l. c. ſagt: wenn etwa einer von den ſtreitenden Theilen in dem zum Verſuche der Güte anberaumten Termin ſich zur Befriedigung des andern Theils dergeſtalt billig erklären ſollte, daß ein Mehreres von ihm nach Recht und Billigkeit nicht zu verlangen ſtünde (?), alſo die Weigerung des andern Theils, die Vorſchläge anzunehmen, nur in Chicanen ihren Grund hätte (woran iſt dieß, wird man natürlich fragen, ſicher zu erkennen?): ſo könne der widerſprechende Theil auch wider Willen angewieſen werden, ſich die billig befundenen Vorſchläge des Gegentheils oder des Gerichts gefallen zu laſſen.

Auch Strube nennt das richterliche Durchgreifen, da wo es ſtatt fände, wenn es der verwirrten Umſtände und mangelhaften Nachrichten halben unmöglich ſey, die Sache genau zu entſcheiden, ein Nöthigen der Parteien zum Vergleich.

Danz[95]) lehrt: nur in einigen wenigen Fällen, wenn nämlich Abwendung eines öffentlichen Aergerniſſes oder das gemeine Beſte es heiſche, oder der Gegenſtand des Streits gar zu geringfügig ſey, laſſe ſich unter der Vorausſetzung, daß die größte Behutſamkeit angewendet worden, ein erzwungener Vergleich rechtfertigen.

---

95) Grundſ. des ord. Proz. §. 150.

Als Zwangsmittel wurden vorgeſchlagen: 1) Verzögerung des Prozeſſes; 2) Verweigerung des Gehörs; wenn das nichts ſruchte 3) Einſperrung; 4) Begrenzung an einen beſtimmten Aufenthaltsort, oder auch 5) Erklärung der Parteien als verglichen durch ein Decret, unter Androhung einer namhaften Strafe im Falle des erneuerten Streits [96]. Kurz, man war über die Mittel eben nicht in Verlegenheit, und es hätte in majorem dei gloriam hier nur noch der Erwähnung der Vergleichspeitſche bedurft.

Es war, wie gedacht, leicht in den Vorſtellungen hier auf Abwege zu gerathen. Das richterliche Durchgreifen iſt allerdings ein Mittelding zwiſchen einem Rechtsſpruch und einem Vergleich. Von jenem unterſcheidet es ſich nur dadurch, daß der Richter auf einen Sachbeſtand [97]), der ihm nicht mit der ſonſt

96) Eberwein in cit. diss. c. IV. §. 1.

97) Von dem Falle, wo die Geſetze dunkel erſcheinen, iſt hier nicht die Rede. Hier kann und ſoll der Richter eigentlich nie in Verlegenheit ſeyn. Glaubt er kein zur Entſcheidung des ſtreitigen Falles paſſendes Geſetz finden zu können, ſo muß er nach der Analogie, nach den allgemeinen rechtlichen Grundſätzen der poſitiven Geſetzgebung und eventualiter des Naturrechts ſeinem beſten Wiſſen und Gewiſſen nach erkennen. conf. L. 10. sqq. D. de legibus. Unmöglich liegt in der Gewalt menſchlicher Geſetzgeber ein Geſetz-Codex, der für jeden concreten Fall die Entſcheidung ſchon ausdrückte; und könnte uns die göttliche Allmacht dergleichen geben, wir würden ihn, aus leicht begreiflichen Gründen von der Schwierigkeit ſeines Studiums, nicht brauchen können. Aber unſere Geſetzgebung ſoweit zu vervollkommnen, daß die geſetzlichen Verordnungen überall

erforderlichen Vollſtändigkeit dargethan iſt, ein Erkenntniß baut; von dem Vergleiche dadurch, daß es an der freien Uebereinkunft der Intereſſenten fehlt. Indeſſen iſt dieſes Mittel der Prozeßerledigung wirklich ein Erkenntniß und kein Vergleich; es iſt eine Entſcheidung nach billigem Ermeſſen, (decisio litis arbitraria). Dahin lauten auch die auf einen erzwungenen Vergleich gedeuteten Geſetzſtellen, L. 13. §. 3. D. de usufr. und L. 21. de rebus creditis [98]); wie denn überhaupt ein verſtändiger Richter auch ohne das Mittel eines erzwungenen Vergleichs nicht in Verlegenheit ſeyn kann, einen noch ſo verwickelten oder ſonſt bedenklichen Streit beizulegen und ſeinen ſchädlichen Wirkungen vorzubeugen [99]).

---

einen ſichern Anhalt und Maßſtab an die Hand gäben, dieß wäre wohl ein zu befriedigender Wunſch, wenn er gleich noch unter die frommen Wünſche gehört. So wie jetzt die Sachen ſtehen, kommen die Richter nicht ſelten in die Lage, dem Geſetzgeber in das Handwerk zu greifen, was nicht gut iſt. Mit Recht ſagt von Juſti (irgendwo) „die größte Weisheit eines Geſetzgebers beruhet darauf, daß er die Verwaltung der Gerechtigkeit dergeſtalt einrichtet, damit nicht der Richter, ſondern das Geſetz die Schuldigen verurtheile. Das Geſetz iſt allemal gerecht, unveränderlich und unparteiiſch; die Richter ſind es vielleicht ſehr ſelten. Nichts iſt der Vernunft mehr gemäß, als daß die Richter keine Geſetzgeber, ſondern nur Anwender der Geſetze ſeyn ſollen. Allein wo den Richtern viel überlaſſen bleibt, ſind ſie in Anſehung jeder einzelnen Sache eben ſo viel als Geſetzgeber."

98) Glück im Pand. Comm. V. §. 347. Heimburg cit. diss. §. 50 sqq.

99) Heimburg ib. §. 67.

Allerdings enthält dieſes Mittel, Streitigkeiten abzuthun, wenn man es auch nicht als direkten Zwang der Parteien zur Eingehung eines Vergleichs, ſondern als eine rein richterliche Handlung betrachtet, immer eine auſſerordentliche und bedenkliche Einſchreitung, und darum glaubt man auch [100]), daß hier lediglich der Oberrichter, gleichſam näher verwandt mit der Gewalt, die das jus eminens exercirt, dieſe auſſerordentliche Maßregel vorzukehren Fug und Macht habe. Es muß aber dieſe Befugniß, wenn ſie nur gehörig modifizirt wird, wohl unbedenklich jedem Richter eingeräumt werden, mithin auch dem Unterrichter, weil es widerſprechend wäre, einen Richter ohne richterliche Gewalt ſich zu denken. Nur von dieſer richterlichen Gewalt kann aber hier überall die Rede ſeyn, nicht von Befugniſſen der Staatsgewalt, die über Rechte der Einzelnen gegen Einzelne rechtlich nichts vermag, alſo auch nicht von Machtſprüchen.

§. 33.

Anſicht des Verfaſſers.

Ich glaube, unter folgende Geſichtspunkte geſtellt, möchte die Sache in ihrem richtigen Lichte erſcheinen.

Die Schwierigkeit, auf dem geordneten Wege Schutz für ſein angefochtenes Recht zu erlangen, iſt an ſich noch kein Grund zur Verpflichtung, daſſelbe auch nur zum Theil aufzugeben. Es kann daher auch eine ungewöhnliche Verwickelung eines Rechtsfalles den Richter nicht entſchuldigen, wenn er in ſeinem

---

100) Mev. P. I. obs. 15. not. 224. Schilter exerc. IX. §. 25.

Beſtreben, die Sache ſich klar zu machen oder klar machen zu laſſen, vor der Zeit, es ſey aus Bequemlichkeit oder Verzweifelung, erkaltet. Er ſoll den verwickelten Knoten aufzulöſen ſich bemühen, nicht ihn zerhauen.

Ferner muß man die Fälle, wo eine auſſerordentliche Thätigkeitsäuſſerung des erkennenden Richters erforderlich iſt, nach zwei verſchiedenen Beziehungen ſich denken:

A) in Beziehung auf die Subjekte und den Gegenſtand des Rechtsſtreits. Hieher gehören (da, wo es die Geſetze alſo feſtſetzen,) die Streitigkeiten zwiſchen Aeltern und Kindern, vornämlich häusliche Zwiſtigkeiten[101]), zwiſchen Geiſtlichen von einer und derſelben Kirche[102]), ferner in Injurien und geringfügigen Sachen. Aus dem nämlichen Grunde, aus welchem hier ein ſummariſches Verfahren (§. 19.) eintritt, tritt auch eine ſummariſche Entſcheidung ein. Dieß iſt aber eigentlich nicht der kritiſche Fall, der ſich vielmehr nur äuſſert bei der auſſerordentlichen richterlichen Thätigkeit

B) in Beziehung auf ungewöhnliche Reſultate der Rechtsverfolgung und aus Anlaß derſelben. Hier können auſſerordentliche Maßregeln nothwendig werden, I) wegen der Form des Verfahrens und II) wegen der materiellen Ergebniſſe deſſelben.

Auf I) Der erkennende Richter kann das Verfahren ſo unvollſtändig, ſo unheilbar nichtig inſtruirt,

101) L. 4. C. de patria pot.

102) Mev. P. III. dec. 217., wofern ſich dieſe Streitigkeiten überhaupt zur gerichtlichen, und nicht vielmehr zur disciplinariſchen Cognition eignen.

die Verhandlung ſo verworren und fehlerhaft finden, daß er ſchlechterdings kein rechtsbeſtändiges Erkenntniß darauf bauen kann. Die Sache iſt vielleicht ſchon mit der Klage oder Einlaſſung, alſo in ihrem erſten Zuſchnitte dermaſſen verdorben, daß keine Verbeſſerung durch Anordnung von Erſetzungen den Schaden wieder gut machen kann. Hier handelt der Richter nicht nur dem Recht, ſondern auch der Klugheit und dem Intereſſe beider ſtreitenden Theile gemäß, wenn er durchgreift, das ganze Verfahren caſſirt, und ein neues anordnet. Der Prozeß muß alſo hier entweder ganz von vorn wieder anfangen, oder wenigſtens da, wo er aus dem Geleiſe gekommen. Iſt dieſe nichtige Inſtruktion nicht durch die Schuld der Parteien oder ihrer Sachwalter veranlaßt worden, ſondern (und dieß dürfte wenigſtens mit Rückſicht auf Omiſſivhandlungen, weil das Gericht nicht rechtzeitig die Zügel ergriffen hat, gewöhnlich der Fall ſeyn,) durch die Schuld des Gerichts: ſo werden ſämmtliche Gerichtskoſten niedergeſchlagen. Der Richter darf alſo, wenn er die Sporteln bezieht, für das bisherige Verfahren nichts aufrechnen, und wenn ſie der Gerichtsherrſchaft verrechnet werden, ſo verliert ſie dieſe, und kann ſich deßhalb, wenn ſie will, an ihren Beamten halten. Was die auſſergerichtlichen Koſten, die Reiſekoſten und ſonſtigen Aufwendungen der Parteien und die Deſerviten der Advocaten anlangt, ſo werden, wenn dieſen anders nichts zur Laſt liegt, ſelbige billig dem Gericht zum Erſatz heimgewieſen.

Es können aber auch auſſerordentliche Maßregeln nothwendig werden:

auf II) wegen materieller Mängel der Ergebniſſe des Verfahrens; und hier zeigt ſich das eigentlich

am meiſten kritiſche Verhältniß. Es iſt dabei vor allen zu bemerken:

a) daß nicht von Mängeln des Verfahrens ſelbſt, ſondern nur von einer Unvollkommenheit des Produkts deſſelben die Rede iſt. Denn wäre erſteres, ſo würde die Sache überhaupt nicht ſpruchreif ſeyn. Vielmehr wird gerade vorausgeſetzt, daß hier alles in Ordnung, daß alle Mittel, die ſtreitigen faktiſchen Verhältniſſe ins Klare zu bringen, erſchöpft ſind. Daher

b) wird hierbei auch vorausgeſetzt, daß das Beweisverfahren, es ſey auf den Grund eines Erkenntniſſes auf Beweis, oder wenn derſelbe anticipirt worden, auf beſſern Beweis, ſchon geſchloſſen iſt. Deßwegen kann der kritiſche Fall, wovon die Rede iſt, in der Regel (denn in Bagatellſachen kann ſchon bei dem Beweisinterlocut dieſe Rückſicht ſtatt finden, wovon unten ad C. 1.) nur eintreten, wenn die Sache ſchlechthin auf der Definitiventſcheidung beruht.

§. 34.

Fortſetzung.

Nach den Reſultaten des Verfahrens, worüber die Akten zum Endbeſcheid vorliegen, können die ſtreitigen Thatſachen überhaupt

A) bis zur völligen juriſtiſchen Ueberzeugung dem Richter dargethan erſcheinen. Von dieſem Fall kann hier weiter keine Rede ſeyn; oder

B) es kann gar nichts erwieſen ſeyn, oder endlich

C) die Thatſachen können nur bis zu einem ſtärkern oder ſchwächern Grade der Wahrſcheinlichkeit —

halb, mehr als halb, weniger als halb — erwieſen ſeyn, es ſey wegen mangelhafter oder ſich widerſprechender, alſo mehr oder weniger ſich gegenſeitig aufhebender Beweismittel. Nur von den letztern beiden Fällen (B. C.) iſt hier die Rede.

Auf B) Wenn nichts erwieſen, die Sache alſo ſchlechterdings in der Lage geblieben iſt, in der ſie ſich beim Anfange des Rechtsſtreites befunden hat, ſo gilt als Regel: der Grund der Klage oder des Einwandes wird, ſofern er bloß auf einer widerſprochenen und ſolchergeſtalt unerwieſen gebliebenen Thatſache beruht, verworfen. Es wird alſo gegen die Intention deſſen erkannt, der den ihm obgelegenen Beweis nicht geführt hat, es ſey nun in der Form einer Abweiſung des Klägers oder einer Verurtheilung des Beklagten.

Es kann aber der Fall eintreten,

> **daß die Sache nicht in der Lage bleiben kann, in welcher ſie ſich zu Anfang des Prozeſſes befunden, und alſo eine Veränderung nothwendig wird.**

Der richterliche Ausſpruch, daß keine Veränderung vorzunehmen, würde hier den Streit eigentlich unentſchieden laſſen, deſſen Entſcheidung gleichwohl dem rechtlichen Intereſſe beider Theile gemäß iſt. Dieſer Fall, wo eine auſſerordentliche Maßregel bei der Entſcheidung nothwendig wird, kann (vielleicht allein nur) eintreten bei den ſogenannten judiciis divisoriis, bei Auseinanderſetzung von Gemeinſchaften, Erbtheilungen, vornämlich aber bei verdunkelten Grenzen benachbarter Grundſtücke, wo auch dem Richter, wenn ſeine Bemühung die Sache gütlich beizulegen,

durchaus fehlſchlagen ſollte, ausdrücklich geſetzlich verſtattet iſt, durchzugreifen, und wie das Geſetz ſagt, per adjudicationem et condemnationem eine Grenze zu ſetzen [103]). Ich muß bekennen, daß ich das angeführte Geſetz nicht recht verſtehe. Eben weil die Grenzen dunkel ſind, man alſo nicht wiſſen kann, was des Einen oder des Andern iſt, läßt ſich nicht wohl ein Zuerkennen gegen Entſchädigung denken. Anders iſt der Fall von dem §. 6. I. de officio jud. [104]) handelt, wo der beſſern Grenzregulirung wegen jemandem von ſeinem Grundſtücke, das ſein unbeſtrittenes Eigenthum iſt, gegen Entſchädigung etwas genommen wird. Dieß iſt nicht ſo bei verdunkelten Grenzen. Denn wenn der Streit das Stück X zwiſchen den beiden Aeckern des A und des B beträfe, und der Richter wollte dem Acker des A ein Stück von dem Acker des B gegen eine von jenem zu leiſtende Entſchädigung zuerkennen; ſo würde ja damit der Streit über X nicht gehoben ſeyn. Wollte dagegen X dem A oder dem B gegen Enſchädigung adjudizirt werden, ſo würde damit ausgeſprochen werden, daß es demjenigen eigentlich nicht zugehöre, der es gegen Entſchädigungsleiſtung annehmen ſolle, ſondern dem Andern. Man müßte ſich denn, und ſo iſt

103) L. 2. §. 1. L. 3. D. fin. regund. Glück's Pand. Comm. X. §. 722.

104) Si finium regundorum actum fuerit, diſpicere debet judex, an neceſſaria ſit adjudicatio: quia ſane uno caſu neceſſaria eſt, ſi evidentioribus finibus diſtingui agros commodius ſit, quam olim fuiſſent diſtincti. Nam tunc neceſſe eſt, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari: quo conveniens eſt, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari.

es vielleicht auch gemeint, das ſtreitige Stück X als eine gemeinſchaftliche Sache beider Litiganten vorſtellen, wovon dem Einen das Ganze in Natur, und dem Andern die Hälfte dem Werthe nach zuerkannt würde. Praktiſcher erſcheint mir die Beſtimmung des preuß. allgemeinen Landrechts[105]: „Wenn die vormaligen richtigen Grenzen gar nicht auszumitteln ſind; ſo muß das ſtreitige Stück unter die Grenznachbarn getheilt werden. — Bei dieſer Theilung iſt hauptſächlich auf das Verhältniß des bisherigen Beſitzſtandes der Parteien Rückſicht zu nehmen. — Iſt auch kein dergleichen ruhiger Beſitzſtand vorhanden; ſo muß durch eine gerade Linie, von dem letzten bis zum nächſtfolgenden unſtreitigen Grenzzeichen, die Grenze berichtiget werden. — Iſt jedoch ausgemittelt, daß bei dem letzten unſtreitigen Grenzzeichen die Grenze von der geraden Linie abgegangen ſey, und nur der eigentliche Punkt, bis wohin dieſe Abweichung ſich erſtreckt hat, kann nicht mit rechtlicher Gewißheit beſtimmt werden: ſo wird das ſtreitige Stück zwiſchen den beiden Grenznachbarn gleich getheilt.“

§. 35.

Fortſetzung; freiere Bewegung des richterlichen Ermeſſens 1) in geringfügigen Sachen.

Auf C) Wenn hier gleich in der Regel im Fall des anticipirten Beweiſes auf beſſern Beweis, oder nach vollführtem auferlegten Beweis noch auf einen nothwendigen Eid erkannt wird, ſo findet doch eine Ausnahme ſtatt in Fällen, wo nach der Natur des Rechtsſtreits, und des hiernach modifizirten Verfahrens, an die Stelle der feierlichen Beweisführung

105) Th. I. Tit. 17. §. 379—382.

eine bloße Beſcheinigung (demonſtratio) tritt, wobei denn vornämlich das richterliche Ermeſſen in einem freiern Raume ſich bewegt, Mittel und Zweck vernünftig ermißt, und mit Klugheit erwägt, daß die Möglichkeit eines Mißgriffs bei dem Fürwahrhalten einer Thatſache hier bei weitem nicht ſoviel auf ſich hat, als der Aufwand an Zeit und Koſten, oder der Gebrauch von einem ſeiner beſondern Beſchaffenheit nach zu ſchonenden Mittel (Eid), um zu einer vollſtändigen Ueberzeugung zu gelangen. Dieß iſt der Fall

1) in geringfügigen Sachen[106]. Die Gründe ihrer einfachern Behandlung bei der Inſtruktion (S. 55.) treffen auch hier ein. Am wenigſten wird man es ordentlicher Weiſe dabei auf einen nothwendigen Eid ankommen laſſen, ſondern der Richter in ſeiner vernünftigen Reflexion das Ergänzungsmittel zu finden ſich bemühen. Er wird alſo z. B. feſtſetzen, daß dem Vormunde für gewiſſe auf ſeinen Mündel verwendete Auslagen ſo und ſoviel in Rechnung zu paſſiren, obgleich die beigebrachten Beläge nicht ſtreng beweiſend ſind, ſofern nur ſonſt nach den Umſtänden nicht unwahrſcheinlich iſt, daß Auslagen geſchehen ſind, die ungefähr ſo hoch ſich belaufen mögen. Wer wollte um einiger Gulden willen den Vormund hier mit einem Eide vexiren? Anders hieße es beinahe ſoviel als unredlich es darauf anlegen, daß er aus achtungswerther Scheu vor dem Eide nicht ſchwören, und ſich lieber Unrecht thun laſſen werde. Auch wäre von der andern Seite betrachtet, damit weſentlich weiter nichts gewonnen, wenn er ſich durch einen leichtfertigen Schwur das-

jenige

106) Nov. 17. cap. 3.

jenige verſchaffte, was man ihm, in hartnäckiger Verfolgung einer vorgefaßten Theorie von rechtlicher Ueberzeugung, nicht ohne das Mittel der eidlichen Bekräftigung zugeſtehen wollte, womit die Gegenpartei denn doch am Ende immer weniger beruhigt, als ihr nur der Mund geſtopft wird. — So oft überhaupt in geringfügigen Gegenſtänden eine Ergänzung der nur nothdürftig vorliegenden Beſcheinigungsmittel vorausſichtlich nicht anders als mit unverhältnißmäßig mehrern Weitläufigkeiten und Koſten zu bewirken wäre (vergl. §. antec. in fine), wird der Richter (ſoll anders der Streit um die Sache und nicht bloß um das Recht geführt, mithin das richterliche Amt nicht als einer leidenſchaftlichen Rechthaberei dienſtbar angenommen werden,) weder auf beſſern Beweis noch auf einen nothwendigen Eid erkennen, ſondern nach vernünftigem Ermeſſen den Umſtänden gemäß den Streit entſcheiden [107]). Man darf nicht vergeſſen, daß gerade bei geringfügigen Sachen die faktiſchen Verhältniſſe gewöhnlich am meiſten getrübt erſcheinen. Man pflegt dieſen Gegenſtänden vom Anfang ihres Eintritts in die Reihe der Erſcheinungen an zu wenig Aufmerkſamkeit zu ſchenken. Der Verkehr folgt dabei zu ſehr Trau und Glauben. So hält es denn hinterher auch mit dem Beweiſe ſchwieriger.

Zahlloſe Händel und Irrungen ereignen ſich faſt täglich im bürgerlichen Verkehr, beim Handel und

107) Billig kommt es, wie ich ein für allemal erinnern will, bey der Frage: was iſt hier geringfügig? keineswegs auf die beſonders für die Appellabilität in einzelnen Ländern geſetzlich beſtimmten Summen an, ſondern vornämlich auch auf die jedesmaligen Vermögens-Verhältniſſe der Streitenden.

Wandel, oft über unbedeutende Kleinigkeiten, beſonders unter den niedern Ständen. Die natürliche, ich will eben nicht ſagen Argloſigkeit dieſer Menſchen, ihre Sorgloſigkeit vielmehr, ihr Mangel an logiſchen Begriffen, womit ſie ihre Verträge und ſonſtigen Verabredungen ſchließen, oder verbindliche Erklärungen abgeben, ihre Unkunde, ſelbſt oft in der populären Cautelar-Jurisprudenz, macht die Produkte ihres Verkehrs häufig ſchwankend, ungewiß und einer beliebigen Deutung fähig. Dieß giebt denn natürlich der Chicane und dem Leugnen erwünſchte Gelegenheit, ſowie zugleich daraus nothwendig eine Armuth an Beweismitteln entſpringt. Mit einiger Gabe von Scharfſinn und Erfahrung wird daher der Richter in Beziehung auf denjenigen, dem die Beweislaſt obliegt, oft die leidige Bemerkung machen: tibi non deficit jus, sed deficit probatio, was mehr oder weniger auch ein Geſtändniß der richterlichen Ohnmacht enthält. Sollte nun aber eben dieſe Wahrnehmung nicht auch Motive zu rechtlichen Vermuthungen enthalten, die den Richter zu beſtimmen vermöchten, Gründen der Wahrſcheinlichkeit ein höheres Gewicht einzuräumen, als dieß ſonſt und bei wichtigern Gegenſtänden der Fall iſt? Freilich iſt hierbei große Umſicht und Erfahrung dem Richter nothwendig, beſonders Erfahrung über die Denkungsart und das gewöhnliche Treiben der niedern Volksclaſſen, um daraus den Schluß zu formiren, was gewöhnlich geſchieht, und wovon alſo in dem vorliegenden Fall eine Ausnahme zu machen, kein überwiegender Grund vorhanden iſt. So wird ſich mancher Streit z. B. über Gewährsmängel bei verkauftem Vieh, bei dem Miethen des Geſindes, in Pachtremiſſionsfällen, bei Bauten und Reparaturen u. ſ. w. nach billigem Ermeſſen der Verhältniſſe ent-

ſcheiden laſſen. Noch beſſer iſt es allerdings, wenn der Richter dieſe ſeine allgemeine Erfahrung ſchon bei der Inſtruktion der Sache geltend, und die Parteien dadurch geneigt macht, ihm den Stoff zur Beurtheilung ſelbſt zu liefern, der freilich nur ſo über alle Zweifel erhoben wird.

§. 36.

2) beſonders bei Schadens-Ermäßigungen.

2) Noch mehr muß dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen ſeyn, ſobald es weniger auf die Erkenntniß gewiſſer Thatſachen ſelbſt, als auf Verhältniſſe ankommt, die als Wirkungen und Erfolge ſolcher Thatſachen erſcheinen, und deren Erkenntniß eigentlich in das Gebiet der Beurtheilung fällt, weil es dabei hauptſächlich auf Vergleichung ankommt. Dieß iſt der Fall bei der Schätzung eines Schadens oder überhaupt eines Intereſſe. Hier kann der Richter ſchon mit mehr Zuverſicht aus gegebenen Verhältniſſen auf ihre Wirkungen argumentiren. Zwar hat der Richter in der Regel hier einen Gehülfen der Beurtheilung in einem Sachverſtändigen. Aber bei Gegenſtänden von minderem Belange wird der erfahrne Richter deſſen Beiſtand vielfältig entbehren können. Hier kommt es weniger auf ſinnliche Wahrnehmung, als auf die Thätigkeit des reflektirenden Verſtandes an, um den wahren Betrag eines zugefügten Schadens oder eines Intereſſe wenigſtens annähernd (und mehr kann es denn doch auch der Sachverſtändige von Metier nicht,) zu beſtimmen.

Denke man ſich überdieß, zur Ueberzeugung von der Nothwendigkeit dieſer Behandlung, wie leicht,

namentlich bei dem Landbau, ein paar ſtreitſüchtige Nachbarn über gegenſeitige Leiſtungen und Duldungen, die gleichwohl eine nothwendige Bedingung des geſellſchaftlichen Zuſammenlebens ſind, hinter einander kommen können; wie leicht eine unbedachtſamer Weiſe zugefügte Beſchädigung, oder die Meinungsverſchiedenheit über Zeit und Ort einer Leiſtung (interesse temporis vel loci,) der Brennſtoff weitausſehender Irrungen werden kann. Verträgliche Nachbarn nehmen es dießfalls ſonſt ſo genau nicht. Wenn man es aber doch genau nimmt; wenn die bisher beobachtete nachbarliche Duldung von heute an nicht mehr ſtatt finden ſoll, weil man ſich geſtern aus einem andern Anlaß entzweit hat; wenn Rechthaberei an die Stelle der Billigkeit tritt: ſo können die einfachſten Händel, beſonders durch die Dazwiſchenkunft ſchlimmer Rathgeber, ſo eingewirrt und ſo weitläufig werden, als irgend ein ſeinem Gegenſtande nach wichtiger Rechtsſtreit. Hat ein ſolcher Streitluſtiger nicht weithin zum Gerichtsſitze, ſo iſt nun gar nichts, was ihm das Prozeſſiren verleidete. So kann ein Schade von ein paar Handvoll Gras, der durch Uebertreten des Viehes des Nachbars oder durch eine bisher ruhig geduldete Fuhre verurſacht worden, beſonders bei unzweckmäßiger Einleitung (weil man über der entfernten Veranlaſſung die nächſte vergeſſen, und nicht durch Abſchneidung derſelben die Ruhe hergeſtellt hat,) oder weil ſich der Beſchädigte an einen gewinnſüchtigen Advocaten zuerſt gewendet hat, leicht Veranlaſſung eines Servitutprozeſſes werden, der zwei Familien Jahre lang in Unruhe und Koſten ſtürzt. Der Beklagte würde vielleicht den angerichteten geringen Schaden nach richterlichem Ermeſſen gern vergütet haben. Aber da er nun ſein vermeintes Recht der Dienſtbarkeit verlie-

ren ſoll, ſieht er ſich nothgedrungen, in den Prozeß ſich einzulaſſen.

Oft macht auch gerade die unzweckmäßig weitläufige Behandlung ſolcher Entſchädigungsanſprüche[108]), wobei der Bauer ſogern der Vorſtellung einer daraus abgeleitet werdenden dauernden Duldung Raum giebt, und darum unnachgiebiger wird, die Parteien erſt prozeßſüchtig. Ueberhaupt kann man hier die Scheu vor einer Verletzung der Formen der Rechtsverfolgung leicht zu weit treiben. Denn zu den Formen gehören ja doch immer die auch noch ſo weſentlichen Stücke des Verfahrens im Gegenſatze von dem, was Gegenſtand des Streites ſelbſt iſt, betrachtet; Mittel, die nicht über den Zweck ſelbſt ſind. Wie verwickelt daher auch die Gewährleiſtungs- oder Remiſſionsforderung aus einem unbedeutenden Pachtvertrag über ein Grundſtück ſeyn mag, dem Zwecke des verfolgten Rechts ſelbſt, wenigſtens nach der vermuthlichen vernünftigen Abſicht der Streitenden, wäre es nicht gemäß, ſie ohne Rückſicht auf Zeit- und Koſtenaufwand wie Gegenſtände von großer Wichtigkeit zu behandeln. Laſſen wir es nur einmal dahin kommen, ſtatt einen ſolchen Streit de simplici et plano zu entſcheiden, (vielleicht um der Möglichkeit, ja ſey es auch ſelbſt um der Wahrſcheinlichkeit willen, daß die Differenz von 10 Gulden zwiſchen einer geforderten und zugeſtandenen Entſchädigung vollſtändiger ins Klare geſetzt werden möchte; ſobald ein Augenſchein eingenommen, oder Sachverſtändige gehört werden würden,) die Sache in einen verhältnißmäßig koſtbaren Prozeß einzuleiten: gewiß, es wird mit unſe-

---

108) Dergleichen Prozeſſe ſollten ganz beſonders sine strepitu et figura judicii (Clem. 2. de V. S.) abgewandelt werden.

rer Rechtspflege bald bewirkt werden, daß die Staatsbürger ihre meiſte Zeit mit Prozeſſen zubringen, oder — eine ſolche Abneigung davor empfinden, daß ſie lieber wichtige Rechte Preis geben, als ſie auf dieſem unheilbringenden Wege verfolgen. Denn ſo ſtreitſüchtig und unruhig iſt ſelbſt der Streitſüchtigſte nicht, daß er nicht endlich doch über Mittel und Zweck bei ſich zu Rathe ginge.

Man braucht ſich daher bei der Beurtheilung des folgenden Rechtsfalles nicht gerade auf den prekären Satz: „was dir nicht ſchadet und dem Andern nützt, dazu kann man dich zwingen“, zu berufen, um die Entſcheidung, welche hier als rechtlich ausgegeben wird, zu rechtfertigen. — Von zwei Wieſenbeſitzern C und D, deren Grundſtücke an einem Fluſſe liegen, hat jener eine Uferbefeſtigung vorzunehmen, und zu dem Ende mit dem D verabredet, daß dieſer gegen eine auf eine beſtimmte Leiſtung ausgemachte Schadloshaltung ohne Conſequenz für die Zukunft geſchehen laſſen ſolle, daß C bei der Beifuhr der Materialien den Weg über jenes Wieſe nehme. D hat aber, ehe der Bau vor ſich ging, ſeine Wieſe an E verkauft, und dieſer will nun nicht geſchehen laſſen, wozu ſich D verſtanden, ungeachtet C zur vollen Schadloshaltung bereit iſt. Geſetzt nun, E hätte zugegeben, daß ſein Schade ſich nicht über über 8—10 Ctr. Heu belaufe, wovon der Centner höchſtens auf 1. Thaler anzunehmen ſey; ferner, daß C nicht wohl ohne unverhältnißmäßig großen Nachtheil einen andern Weg nehmen könne, daß er dabei in neue Streitigkeiten mit andern Nachbarn verwickelt würde; es wäre ein weitläufiger Prozeß (oder gar zwei dergleichen im Fall des Regreſſes an D) zu beſorgen; es ſtünde auch Gefahr einer bedeutenden Uferbeſchädigung auf

längerem Verzuge. Was ſoll der Richter hier thun? — Den Prozeß nach allen Formalitäten verhandeln und entſcheiden, oder einfach dahin erkennen: daß E gegen Entſchädigung von 10 Rthlr. dieſes Mal die Durchfuhr zu geſtatten ſchuldig? Niemand wird bezweifeln, daß nur das letzte ſachgemäß iſt.

Ich habe mich hier lange bei Kleinigkeiten aufgehalten, weil ich der Meinung bin, daß die Art und Weiſe ihrer zweckmäßigen Behandlung in der That keine Kleinigkeit iſt. Wer einige Kenntniß von dem Geſchäftsbetriebe der Untergerichte hat, wird mir Recht geben, wenn ich behaupte, daß gerade hier ſehr häufig gefehlt wird. Eine zweckwidrige Behandlung der geringfügigen oder Bagatellſachen kann zu einer heilloſen Unjuſtiz führen, wenn die Gerichte dabei tumultuariſch verfahren, oder Geſchäftsſtockung veranlaſſen, wenn man ſie zu ſorgſam behandelt, worüber denn oft das Wichtigere zurückbleibt; nicht zu gedenken der Nachtheile der Verſchleppung für bürgerliche und häusliche Ruhe, Nährung der Prozeßſucht u. ſ. w. Im übrigen will ich mich hier auf die Anm. S. 70. n. 62. berufen.

§. 37.

3) überhaupt in Intereſſe-Sachen und 4) bei gewiſſen Kriegsſchäden.

3) Wenn man auch nicht hieher rechnen will den erweiterten Spielraum der richterlichen Thätigkeit bei dem Würderungs- oder Schätzungseid (juramentum in litem), wobei das Arbitrium des Richters nicht nur bei der Beſtimmung eines Maximums, bis zu welchem geſchworen werden darf, unbeſchränkt, ſondern derſelbe auch bei der hiernächſt erfolgenden

Entſcheidung nicht unbedingt an dasjenige gebunden iſt, was beſchworen worden [109]), — ſo ſind doch überhaupt die Klagen *ad interesse* von der Art, daß es hierbei hauptſächlich auf das richterliche Ermeſſen ankommt, und dieß vermöge einer Art von Nothrecht, wovon der Richter Gebrauch machen muß, damit nicht der Zweck den Mitteln aufgeopfert werde, vielmehr, (wie ſich l. un. C. de sent. quae pro eo etc. rückſichtlich der Würdigung eines ſeinem Betrage nach ungewiſſen Intereſſe ausdrückt,) quod revera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur: *ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat.*

4) Einen ſolchen unauflöslichen Wirrwarr könnte man bei Nichtbeachtung dieſer Grundſätze namentlich in Prozeſſen über Kriegsſchäden veranlaſſen, wenn man hier überall genau nach den Forderungen einer vollſtändigen juriſtiſchen Ueberzeugung ſich achten zu müſſen glaubte. Iſt hier nur gewiß, daß der Liquidant Schäden der angegebenen Art erlitten, daß ihm z. B. ſeine Früchte zerſtört worden, daß er ſeine Vorräthe durch Plünderung verloren, daß er bei gewiſſen Durchmärſchen und Lieferungs-Requiſitionen ebenfalls Einquartirungen gehabt und Lieferungen geleiſtet; iſt der Schaden, wenn ſchon ohne nähern ſpeziellen Nachweis ſpezificirt, alſo z. B. die Felder der Morgenzahl und Beſtellungsart nach näher bezeichnet; was ungefähr davon zu ernten geweſen, nicht zweifelhaft; iſt, wenn die Einquartirungs- und

109) L. 4. §. 1. sqq. L. 5. §. 1. sq. D. de in litem jurando. Hofacker princ. iur. civ. T. III. §. 4534.

Lieferungs⸗Liſten und Beläge verloren gegangen, oder jene unordentlich geführt, dieſe unförmlich oder mangelhaft ertheilt worden, iſt in dieſem Falle bekannt, daß damals ſo und ſoviel Truppen Nachtquartier, Raſttag ꝛc. gehabt, daß ſo und ſoviel Lieferungen ausgeſchrieben worden, wovon dem Kläger zwar etwas, aber nicht ſo viel als er behauptet, von dem Beklagten (allenfalls dem Verpächter, oder der concurrenzpflichtigen Gemeinde) als wirklich geleiſtet zugeſtanden wird; überhaupt ſind die Specificationen weder in Anſehung der Perſon des Liquidanten noch ſonſt nach den Umſtänden unwahrſcheinlich —: So kann wenn andere Mittel, den Schadensbetrag darzuthun, vergeblich oder unverhältnißmäßig koſtbar ſind, gleichwohl aber auch der angelegentlichſte Sühneverſuch fruchtlos geblieben iſt, der Richter ein gewiſſes Quantum entweder ſofort der Billigkeit nach zur Schadloshaltung beſtimmen, oder wenn die Erheblichkeit des Betrags dieß fordert, dem Liquidanten das iur. suppletorium quantitatis ohne weiters darüber zuerkennen [110]).

110) L. 32. X. de jure jur. Strubens R. B. I. Bd. num. 66, dann 35 und 77. Glücks Comment. XII. §. 818.

V.

Ueber die Frage: Beſchränkt der Prozeß nach dem Unterſuchungs-Prinzip die privatrechtliche Freiheit der ſtreitenden Theile?

§. 38.

Der preuß. Civilproceß iſt kein inquiſitoriſches Verfahren.

Um den Zuſammenhang nicht zu unterbrechen, habe ich die Beantwortung dieſer Frage, wozu mir hauptſächlich der §. 12. im III. Abſchn. Anlaß gegeben hat, hieher verſchoben.

Es iſt nicht die richtige Anſicht, wenn man dafür hält, daß der preußiſche Civilprozeß, welcher von dem Unterſuchungsprinzip ausgeht, mit der jeder Rechtsverfolguug zum Grunde liegenden Diſpoſitionsfreiheit der ſtreitenden Theile in Widerſpruch ſtehe; und wenn vielleicht die Benennung „Unterſuchungsprinzip", die an das Verfahren im peinlichen Prozeſſe erinnert, dieſer Vorſtellung günſtig geweſen ſeyn ſollte, ſo wäre eine andere Benennung, oder daß man ſich wenigſtens nicht durch den Namen irre machen ließe, ſehr zu wünſchen.

Der preußiſche Civilprozeß beſchränkt ſo wenig als der gemeinrechtliche und ſächſiſche die Freiheit der Streitenden, ihr Recht zu verfolgen oder aufzugeben [111]). Er geht von dem Grundſatze

---

111) Dieß hat ſchon geraume Zeit vor mir Hr. v. Gönner (Handbuch I. Bd, N. VI. et VIII) gründlich gezeigt, und

aus [112]): der Richter, welcher den Streit über Privatrechte durch richtige Anwendung des Geſetzes auf die dabei zum Grunde liegenden Thatſachen entſcheiden ſoll, hat die nächſte Pflicht, folglich auch das nächſte Recht, ſich von der wahren nnd eigentlichen Bewandtniß dieſer Thatſachen zu verſichern. In dieſem Grundſatze treffen der preußiſche und der gemeine Prozeß zuſammen. — Der Richter iſt alſo nach der preuß. Ger. Ordn. ſchuldig und befugt, den Grund oder Ungrund der in einem Prozeſſe vorkommenden Thatſachen ſelbſt und unmittelbar zu unterſuchen, und ſo weit es zur richtigen Anwendung der Geſetze auf den vorliegenden Fall erforderlich iſt, ins Licht zu ſetzen. — Bei dem Prozeſſe nach dem Verhandlungsprinzip iſt dieß eben ſo, und will der Richter den Forderungen ſeines Amts genügen, ſo verfährt er im Weſentlichen durchaus nicht anders, wenn er damit umgeht, die beſtrittenen Thatſachen, über deren Zuſammenhang mit dem Geſetz er urtheilen ſoll, in das Klare zu bringen.

Es wird alſo weder der Kläger zur Klage, noch der Beklagte zur Vertheidigung wider ſeinen Willen genöthigt; auch nicht, weil er einmal den Rechtsweg betreten hat, denſelben fortzuſetzen für ſchuldig erkannt. Auch hier iſt kein Theil verpflichtet, den einmal eingeſchlagenen Rechtsweg zu verfolgen und ſein angefochtenes Recht entweder durch Vergleich oder richterliches Erkenntniß richtig ſtellen zu laſſen. Der Kläger kann zu jeder Stunde vor ausgemachter Sache

ich will inſofern das hier Geſagte nur für einen Beitrag zur Berichtigung neuerer Zweifel dagegen erklären.

112) Einleit. zur allg. Ger. Ordn. für die preuß. Staaten §. 6. 5qq.

abtreten; eben ſo der Beklagte. Jener wie dieſer kann von den wechſelſeits vorgebrachten Thatſachen auch ſolche, die noch auf weiterer Erörterung beruhen, einräumen, unvollſtändige Beweismittel für vollſtändig anerkennen, einen unternommenen Beweis fallen laſſen u. ſ. w., ohne daß der Richter hier irgend etwas einzureden hat. Wie verſchieden deſſen Stellung im eigentlichen Unterſuchungsprozeſſe! — Die Dispoſitionsfreiheit der Parteien iſt alſo nach dem einen Prinzip ſo unbeſchränkt, wie nach dem andern.

Nach dem Unterſuchungsprinzip gilt die Regel:

> der einmal implorirte Richter geht den Weg zum Ziele der Prozeßführung ſo lange fort, bis von derjenigen Partei, die ſeine Thätigkeit verlangt hat, ausdrücklich Stillſtand begehrt wird, und er räumt die ihm im Fortſchreiten in den Weg kommenden Hinderniſſe auch von Amtswegen auf die Seite.

Dieſe Regel gilt bis auf die ausgezeichneten Worte: „ausdrücklich — auch von Amtswegen" auch von dem Verfahren nach dem Verhandlungsprinzip. In jenen Worten allein liegt alſo das unterſcheidende Merkmal beider. Denn bei dem Verhandlungsprinzip iſt es nicht bloß das ausdrückliche Verlangen, ſondern

> jede Handlung oder Unterlaſſung, woraus vermuthet werden kann, daß der Partei an der ihr vortheilhaften Fortſetzung der Sache nichts gelegen, iſt hinreichend, den Richter zum Stilleſtehen zu veranlaſſen.

Dieß iſt namentlich der Fall, ſo oft ein das Fortſchreiten zum Ziele hindernder Umſtand eintritt, der

nur mit Zulaſſung deſſen wirkſam ſeyn kann, welchem an dem Fortgange liegt; inſonderheit ein Ungehorſam bei Abgebung einer Antwort oder überhaupt einer Erklärung, weßhalb die Accuſation unterlaſſen wird. „Du würdeſt dir, argumentirt der Richter, „dieſes deiner früher erklärten Abſicht widerſprechen„de, dir alſo nachtheilige Benehmen deines Gegners „nicht gefallen laſſen, wenn deine Abſicht noch die„ſelbe wäre.“

§. 39.

Ueber die Vernunftmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Unterſuchungsprinzips.

Es läßt ſich wider die Vernunftmäßigkeit von beiderlei Methoden nichts einwenden, ſofern ſie beide auf richtigen Gründen beruhen. Nur nimmt die Unterſuchungsmethode die Sachen mehr wie ſie ſind, die der Verhandlung, wie ſie ſeyn können. Letztere vermehrt die Verpflichtungen der Parteien, für den Betrieb, ja ſelbſt für den Ausgang des Rechtsſtreits nach den Forderungen der materiellen Wahrheit zu ſorgen, während dieß nach der U. M. vornämlich dem Richter zur Pflicht gemacht iſt, der auch ohne Widerrede allein in der Lage iſt, wo er dieſer Pflicht zweckmäßig genügen kann. Hier handelt der Richter im Geiſte eines Organs der Regierung für die Aufrechthaltung des Rechtsſtandes, zwar nicht gegen den Willen des Betheiligten, aber doch nach der Regel: es iſt zu vermuthen, daß der Betheiligte die zum Zweck führenden Mittel wolle, ſo lange er den verlangten Zweck nicht ausdrücklich aufgiebt. Bei der Verhandlungsmethode erſcheint der Richter mehr als Maſchine, die nur durch äuſſere Kraft, durch die Betriebſamkeit des Rechtſuchenden, im Gange erhalten wird. — Sollte es, ohne Rückſicht auf vermeinte

Conſequenz, nicht hauptſächlich darauf ankommen, bei welcher Methode ſich die Rechtſuchenden beſſer befinden? Könnte man auch nicht eine ziemlich lange Erfahrung im Preußiſchen für die Zweckmäßigkeit des Unterſuchungsprinzips anführen; ſo würden ſich die Einwürfe gegen ſelbiges ſchon aus Vernunftgründen widerlegen laſſen. Man kann beinahe a priori als ausgemacht annehmen, daß gewiß keine Partei auf den Gedanken verfallen werde, es ſey ihrer Dispoſitionsfreiheit Eintrag geſchehen, wenn man ihren Gegner zur Befolgung des von ihr impetrirten richterlichen Befehls nöthigt, ohne erſt ein erneuertes Begehren abzuwarten. Sie würde ſogar in ihrem ſchlichten Menſchenverſtande die Entſchuldigung: daß kein abſoluter Zwang zur Rechtsverfolgung Statt finde, für ſehr grillenhaft und unpaſſend anſehen. Man darf auch, abgeſehen von müſſigen Speculationen und tyranniſchen Prinzipien, die Sache nur mehr von ihrer praktiſchen Seite betrachten, um auch darin Gründe gegen den Vorwurf einer vermeinten Inconſequenz des Unterſuchungsprinzips zu finden. Es führt ungleich mehr zur Verſchleppung der Prozeſſe, wenn man eine vermuthliche Acquieſcenz zuläßt, als wenn man annimmt, daß derjenige, der den Rechtsweg einmal betreten, ihn fortſetzen wolle. Statt aller Subtilitäten frage man doch lieber nur die Erfahrung: ſie ſpricht gewiß dafür, daß die erſtere Vermuthung ohne Vergleichung weit öfter trügt, als die letztere. Die meiſten Kläger, das darf man annehmen, ſtreiten nicht aus Vergnügen; es macht ihnen Unluſt nur einmal klagen zu müſſen. Sollen ſie dieß in einem Prozeſſe öfter thun (durch Contumacial-Anklagen); ſo vermehrt dieß ihr Mißbehagen, ja ihren Verdruß, zumal wenn ſie ſehen müſſen, daß dieß lediglich eine Wirkung unrechtlicher Handlungen

ihres Gegners iſt. Sie müſſen alſo, ſie mögen wollen oder nicht, prozeßluſtig werden, oder aus Ueberdruß vor dieſen Vexationen und Umtrieben nun wirklich den Grundſatz der präſumtiven Acquieſcenz praktiſch machen.

§. 40.

Fortſetzung.

Wider das Prinzip, worauf die Verhandlungsmethode gebaut iſt, (wiewohl es auch der Unterſuchungsmethode und jeder Civilprozeßform zum Grunde liegt,) läßt ſich an ſich nichts einwenden; denn zur Rechtsſchutzannahme findet kein abſoluter Zwang ſtatt. Aber man hat von dieſem Grundſatz eine zu ausſchweifende Anwendung gemacht, und ſich damit von der einfachſten aller Wahrheiten entfernt, nämlich daß vermuthet werden muß: jeder wolle das, was ihm gut iſt, bis das Gegentheil klar erhellet. Ja, in jener ausſchweifenden Anwendung erſcheint die Lehre ſogar im ſchneidendſten Contraſt mit der Erfahrung. Des Klägers Abſicht, wenn er den Rechtsweg betritt, iſt doch offenbar nicht die, die theuere und ſonſt nichts weniger als angenehm unterhaltende Comödie eines Prozeſſes zu ſpielen; er will reellen und unausbleiblichen Schutz für ſein verletztes Recht. Es iſt ihm nicht um ein bloßes richterliches Gebot oder Verbot zu thun, das der Beklagte erſt auf wiederholte Erinnerung befolgt, und um deßwillen nicht eher befolgt, weil er weiß, daß der Richter in der Meinung ſteht, der Impetrant könne ſeit Erlaſſung des Befehls doch wieder anderes Sinnes geworden ſeyn, und darum nichts für die Vollziehung ſeines Befehls thut, ſondern es darauf ankommen läßt, daß der Kläger noch einmal bittet, es möge dem Beklagten geboten werden, daß er

doch das Gebot befolge[113]). Was wäre wohl natürlicher, als daß ein unter einem gewiſſen angemeſſenen Rechtsnachtheil von dem Richter erlaſſener Befehl von ihm ohne weiteres Anrufen gehandhabt, alſo auch gegen den Ungehorſamen mit Zwang vollſtreckt würde, wenn derſelbe nicht von dem Impetranten Quittung oder eine ausdrückliche Nachſichtserklärung beibringen könnte? Iſt dieß nicht natürlicher als die prekäre Präſumtion einer ſtillſchweigends gegebenen Nachſicht, die vielleicht in zehen Fällen nur einmal zutrifft, und die nichts deſtoweniger der Extrahent der Verfügung erſt durch ein Zwiſchenverfahren im Contumacialwege beſeitigen ſoll? Mit welchem Grunde ſoll man annehmen, daß es natürlicher ſey, der Impetrant werde ſich das durch ſeinen Antrag nützlich Gewirkte nicht zueignen, als er werde davon Gebrauch machen wollen? Daß ein richterlicher Befehl z. B. ad excipiendum eigentlich für nichts und wieder nichts gegeben werden könne; daß der Beklagte nach Gutdünken ſelbigen befolgen oder unter den Tiſch werfen könne, der Ungehorſam alſo für ihn durchaus keine nachtheilige Folgen, wohl aber den Vortheil des Zeitgewinns hat, der ſehr bedeutend ſeyn kann, wenn der klägeriſche Anwalt nachläſſig iſt; daß auf der andern Seite der Kläger und nur dieſer unter den Folgen des Ungehorſams des Gegners leidet, wenigſtens in dem Fall, wo die Citation bloß monitoriſch iſt, ja ſelbſt da, wo lis pro nega-

113) Unwillkührlich fällt mir hierbey immer eine fürſtlich Ansbachiſche Verordnung ein, welche verordnete, daß die alten Verordnungen reſpektirt werden ſollten, indem man nicht alle Jahre neue ausgehen laſſen könne. — S. Real-Index der Onolzbach. Landes-Conſtitutionen. Onolzb. 1774. S. 57.

negative contestata angenommmen wird, — — dieß würde freilich derjenige, der von unſerm Prozeſſe nichts weiß, mit der geſunden Vernunft ſchwer in Einklang zu bringen wiſſen, und wenn man es ihm aus dem Grundſatze der Diſpoſitionsfreiheit erklären wollte, eher auf eine Sprach- und Begriffs-Verwirrung ſchließen, als ſich befriedigt finden. Er würde uns vielleicht das Beiſpiel von einem Arzt vorhalten, der dem Patienten, welcher ihn zu ſeiner Heilung gerufen, ein Rezept ſchriebe, und ſich dann aus übertriebener Delikateſſe, er möchte dem Patienten läſtig werden, ſich weiter nichts um die Wirkung der Arzenei oder um den Kranken bekümmerte, bis er ihn wieder rufen ließe, und ſo fort und fort.

Auf den Einwurf der Inconſequenz, den Herr von Grolman dem Unterſuchungsprinzip in Beziehung auf die Beweisführung macht:

„der Richter habe nicht die Verbindlichkeit, ſich „ſelbſt unaufgefordert Gründe zum Beweiſe auf„zuſuchen; denn ſobald nur etwas wirklich un„ter den Parteien ſtreitig ſey, müſſe der Be„weis als die Bedingung des anzuerkennenden „Rechts betrachtet werden, und von Amtswegen „beweiſen, wäre eben ſo viel, als von Amts„wegen Rechte anerkennen, deren Exiſtenz doch „von dem Willen deſſen abhänge, für welchen „ſie anerkannt werden ſollen,“

hat ſchon Herr von Gönner[114]) geantwortet. Es iſt überdieß mit dieſem Einwurf ſogar zu viel bewieſen, ſofern als, wenn er Grund hätte, daraus nothwendig folgen müßte, daß der Richter auch im Ver-

114) Handb. I. S. 186.

handlungsprozeſſe ſeine Befugniß überſchritte, wenn er zu Folge der oben (S. 68. not. 61.) angeführten Geſetzſtellen ſeine Thätigkeit in Erforſchung der Wahrheit, des Zuſammenhangs und eigentlichen Verhältniſſes der Thatſachen geltend macht, alſo für den Beweis, wenn auch nur mittelbar, poſitiv thätig iſt. Und dieſe Befugniß müſſen wir ihm ja doch zugeſtehen, wenn wir uns nicht in Widerſprüche mit den Forderungen verwickeln wollen, die wir an ſein urtheilendes Amt und überhaupt an die Rechtspflege machen, wo es darauf ankommt, was Recht iſt, nicht was das durch die Gunſt langer Gewohnheit Beſtehende uns dafür erſcheinen läßt, und ein ſpitzfindiges Sophisma als Recht glauben heißt. Erſtreckt ſich die Prüfung des Richters lediglich auf das, was vorgebracht iſt, nach einer ſtrengen Anwendung der Regel, sicut audit, ita judicat[115]), ſo iſt es offenbar widerſprechend, ihm zu erlauben, nach Befinden den Aktenſchluß wieder aufzuheben (S. 42.), um ein mangelhaftes Vorbringen und mangelhafte Beweiſe ergänzen zu laſſen. Hier haben ſogar die Parteien, indem ſie zur Sentenz ſubmittirten, deutlich genug (und, in conſequenter Verfolgung der Verhandlungstheorie, auch mit Wirkung) zu erkennen gegeben, daß ſie ſchlechthin auf ihr Vorbringen erkannt wiſſen wollen. Liegt dem Richter nicht auch an der materiellen Wahrheit, ſo wird er in jedem Vorbringen, in jeder noch ſo mangelhaften Beweisführung, wenigſtens im negativen Verhältniß, Stoff genug finden, ein formell gerechtes Erkenntniß zu fällen, geſetzt, daß ſich ihm auch eine von den oben angeführten Urſachen zur Aufhebung des Aktenſchluſſes von Amtswegen in den Weg ſtellt. — Ich

115) can. 4. C. III. Qu. 7.

kehre nach dieſer kleinen Ausſchweifung zu meinem Hauptthema zurück.

§. 41.

Beweiſe aus dem Geſetze ſelbſt, daß der preuß. Prozeß die Diſpoſitionsfreiheit nicht gefährdet.

Es kommt alles darauf an, ſich zu überzeugen, ob der Prozeß nach dem Unterſuchungsprinzip, alſo auch der preuß. Prozeß inſofern mit der Grundidee jeder Rechtsverfolgung in Widerſpruch kommt, daß er die Parteien wider ihren Willen zur Verfolgung oder Vertheidigung ihres Rechts nöthigt. Dieſes iſt nun auf keine Weiſe der Fall, und für den preuß. Prozeß namentlich mögen folgende Stellen der Prozeßordnung, die mir eben beifallen, uns eines Andern überzeugen.

„Wenn in dem zur förmlichen Aufnahme der angemeldeten Klage anberaumten Termin der Kläger ausbleibt, ſo iſt der Richter weder ſchuldig noch befugt, die Sache von Amtswegen zu betreiben, ſondern er muß das Anmeldungsprotokoll reponiren und abwarten, ob und wann der Kläger für gut finden werde, ſeine Klage weiter fortzuſetzen.“ (Tit. 4. §. 20.)

„Wenn der Kläger in dem Inſtruktionstermin ſich gar nicht meldet, und auch vorher nicht zu erkennen gegeben hat, daß er die Sache fortſetzen wolle, ſo wird angenommen, daß er ſich der Fortſetzung des Prozeßes begebe. — — Was der Beklagte zu thun hat, wenn ihm daran gelegen iſt, daß die Sache fortgeſetzt und rechtlich entſchieden werde, iſt im Titel vom Diffamations- und Provokations-Prozeſſe vorgeſchrieben.“ (Tit. 9. §. 42. Tit. 20. §. 19.)

„In allen Fällen, wo (wegen eines Präjudicialpunktes) die Ausſetzung der Hauptſache geſetzlich verordnet iſt, findet eine Ausnahme ſtatt, und es muß gleichwohl mit der Inſtruktion der Hauptſache verfahren werden, wenn beide Theile darüber einig ſind.“ (Tit. 10. §. 75.)

„Die (wegen legaler Abweſenheit einer Partei geſetzlich vorgeſchriebene) Suſpenſion eines Prozeſſes findet nicht ſtatt, wenn der Abweſende ſich deren ſelbſt nicht bedienen will.“ (Tit. 20. §. 16.)

Wenn der Kläger nur dem Prozeſſe, nicht zugleich dem Anſpruche ſelbſt entſagt, ſo hängt es von dem Beklagten ab, ob er ſich dabei beruhigen, oder, um die Sache mit dem Kläger bald auszumachen, im Wege der Provokation, denſelben anhalten will, den Prozeß fortzuſetzen, oder ausdrücklich dem eingeklagten Anſpruche zu entſagen. (Tit. 20. §. 21.)

„Wenn der Kläger dem richterlichen Befehle wegen Beſtellung der Prozeßcaution nicht Folge leiſtet, ſo muß er dazu auf Anmelden des Beklagten mittelſt Exekution angehalten werden.“ (Tit. 21. §. 10.)

„Iſt die einer ſolchen Caution halber veranlaßte Exekution (wegen Mittelloſigkeit des Klägers) fruchtlos, ſo muß er, wenn es der Beklagte ausdrücklich verlangt, den Cautionseid ableiſten.“ (ib. §. 11.)

Den Parteien ſteht es frei, ſtatt anderer Beweismittel ſich der Eidesdelation zu bedienen. Der Richter muß ſie zwar an die Bedenklichkeiten dieſes Beweismittels und an die anderweit vorhandenen

Beweiſsmittel erinnern; wenn aber die Partei dennoch auf der Eideszuſchiebung beharrt, ſo hat es dabei das Bewenden. (Tit. 10. §. 252. fgg.)

„Wenn bei der Formirung des Klagpetitums der Kläger aus dem vorgetragenen Facto etwas anderes oder mehreres herleiten will, als nach der Meinung deſſen, der die Klage aufnimmt, vermöge der geſetzlichen Vorſchriften gefolgert werden kann, ſo muß dennoch, wenn der Kläger ſich nicht bedeuten laſſen will, der Antrag nach ſeinem Verlangen abgefaßt werden.“ (Tit. 6. §. 19.)

Dieß mag genug ſeyn zum Beweiſe meiner Behauptung, daß der preußiſche Prozeß ſo wenig als der gemeine und ſächſiſche die bürgerliche Freiheit der ſtreitenden Theile beſchränke, und daß erſterer kein Unterſuchungsprozeß, ſondern eigentlich ein im Verhältniß zu dem gemeinen deutſchen und ſächſiſchen Prozeß **ausgedehnter ſummariſcher Prozeß** iſt bei dem ſich die Schwierigkeiten weniger in dem Prinzip und deſſen möglich folgerechter Durchführung, als in ſofern zeigen, daß der preußiſche Inſtruent weit mehr leiſten muß, als ein Theil (doch nur ein Theil) der Richter zu leiſten vermag, um der Ordnung des Verfahrens ganz zu genügen. Will man das Prinzip um deßwillen für unpraktiſch halten, ſo habe ich nichts dagegen. Aber man nenne nur das Ding beim rechten Namen, und ſorge nebenher für — beſſere Richter.

§. 42.

Annäherung neuer Prozeßgeſetzgebungen an das Unterſuchungsprinzip.

Man ſcheint auch in neuerer Zeit dem Unterſuchungsprinzip mehr geneigt zu werden, und von der

Idee des Verhandlungsprinzips wenigſtens in ſeinen ausſchweifenden Wirkungen abzukommen.

Nach der neuen Prozeßgeſetzgebung für das Großherzogthum Heſſen iſt eine ſehr einfache[116]) Ordnung des gewöhnlichen Verfahrens bei Land- und Stadtgerichten vorgeſchrieben. Die Haupttendenz dieſer Gerichtsordnung geht, wie die Motive ſagen, dahin: für die Juſtizadminiſtration bei den Landgerichten (Untergerichten) einen kurzen, einfachen und erſchöpfenden Gang vorzuzeichnen, der auf die Baſis des Inſtruktions- (Unterſuchungs-?) Verfahrens gegründet, dem Richter die Pflicht auflegt, die Wahrheit von Amtswegen zu erforſchen, wenn auch die Partei ſelbſt eine genügende Ausführung ihrer Rechte nicht vorgebracht hätte[117]). Es iſt dem Landrichter nach Art. 1. jener Ordnung (a. a. O. S. 21.) zur Pflicht gemacht, auch aus verworrenen Vorträgen der Parteien ſich durch zweckmäßige Fragen eine klare Anſicht derjenigen faktiſchen Verhält-

116) Ob ſie nicht gar zu einfach und beſonders für verwickelte Fälle die Termine nicht gar zu eng geſetzt ſind, wird der Erfolg bei der Anwendung lehren. Gerade die Gerichte erſter Inſtanz haben nicht ſelten das ſchwierigſte Stück zu bearbeiten. Es läßt ſich weit leichter auf eine inſtruirte Klage und Antwort weiter fort operiren, als dieſe Edukte einer ſchwierigen Informations-Erziehung von einfältigen oder verworrenen Parteien zu Tage fördern. Schreibt man alſo den Unterrichtern zu enge Termine vor, ſo muß man entweder von der geſetzlichen Strenge nachlaſſen, oder zugeben, daß ſie das Werk überhudeln. Beides geht dann auf Rechnung der Geſetzgebung.

117) Neue Civilprozeß-Geſetzgebung f. d. Grosherzogth. Heſſen, 1s Heft, S. 17.

niſſe, auf welche es ankommt, zu entwickeln, und dasjenige, was unter dieſer Vorausſetzung dem Rechte einer Partei entſpricht, zu berückſichtigen, wenn auch dieſe ſelbſt ihr Recht nicht genügend ausgeführt hätte. Hierdurch und durch das in den Artikeln 1. bis 11. 19. bis 21. 25. seqq. vorgezeichnete, im weſentlichen ganz mit dem in der preußiſchen Prozeßordnung Titel 5. 9. 10. nur weitläufiger vorgeſchriebenen, übereinſtimmende Verfahren ſoll bei Untergerichten „die Nothwendigkeit der Beſtellung von Bevollmächtigten ausgeſchloſſen, und der Glaube erweckt werden, daß bei dieſen Gerichten jeder ſeine Sache ſelbſt ohne Gefahr betreiben könne. Es ſoll zwar darum die Advokatur nicht als Uebel betrachtet werden, welches man in vielen Ländern durch das Verbot der Amts-Advokaten zu entfernen ſuchte, ſondern nur inſofern als man mit dieſer Advokatur eine Licenz geſtattet, bei welcher der Eigennutz ſchlechter Menſchen Spielraum findet. So ſoll es den Advokaten wenigſtens bei Untergerichten nicht möglich ſeyn, einfache und klare faktiſche Verhältniſſe zu verwirren, durch halbe Erklärungen, Darüberhinſchlüpfen und ſchlaue Reticenzen in eine Art von Halbdunkel zu verſetzen, und durch dickleibige Schriften einfache Sachen in eine Aktenmenge zu vergraben, aus welcher nur mit Mühe der Richter wieder das einfache Faktum ſich zu entwirren vermag"[118]).

Im Königreich Würtemberg ſoll nach dem neueſten Organiſationsedikt über die Rechtspflege in den untern Inſtanzen vom 31. Dezember 1818.[119]) künftig

118) a. a. O. S. 23 und 25.

119) Organiſations-Edikt über die Rechtspflege in den untern Inſtanzen im Königreich Würtemberg. Mit Bemerkungen

die Unterſuchungsmaxime bei dem Verfahren vor den untern Gerichten vorherrſchen; d. h. der Richter, wenn einmal ſeine Thätigkeit durch das Anbringen der Klage aufgerufen iſt, ſoll

1) von Amtswegen die Parteien zu beſtimmten Erklärungen über ihre gegenſeitigen Anſprüche und die Thatumſtände, worauf ſie ſolche gründen, auffordern;

2) die Leitung des Prozeſſes, welche dem Richter ſchon nach den Grundſätzen des gemeinen Prozeſſes gebührt, ſoll ihm das Recht und die Pflicht geben, die geſetzmäßig angedrohten Folgen des Ungehorſams einer Partei, auch ohne beſondere Ungehorſams-Beſchuldigungen, von Amtswegen auszuſprechen;

3) ſoll der Richter überhaupt für den unzweifelhaften Zweck jeder Partei auch von Amtswegen thätig ſeyn.

Dieſes Verfahren nähert ſich in ſofern dem preußiſchen. Dagegen finden nach der Meinung der Verfaſſer der Bemerkungen [120]) folgende ſehr bedeutende Abweichungen ſtatt:

---

der Referenten bei der Org. Commiſſion. Stuttgart 1819. Seite 15 der Bemerkungen.

120) Ich kann dieſer Meinung nicht durchaus beipflichten. Denn was die vermeinte Abweichung

auf a) anlangt, ſo wird man, abgeſehen allenfalls von der von Amtswegen geforderten Edition, in dem was ich vorhin über den Geiſt des preuß. Civilprozeſſes geſagt, nichts Abweichendes entdecken; und wenn man

auf d) nur den §. 12. der Einleit. zur preuß. Prozeßordnung, dann Tit. 8. §. 1. fgg. ferner Tit. 25. §. 5. n. 2.

a) Wenn ſchon der Richter für den unzweifelhaften Zweck jeder Partei von Amtswegen thätig ſeyn ſoll; ſo darf er doch zur Erreichung dieſes Zweckes kein Mittel anwenden, deſſen Anwendung die Partei nicht ſchon bisher im Verhandlungswege zu verlangen berechtigt geweſen wäre.

b) Man erwartet von dem Richter nicht, daß er bei Anbringung der Klage ſeinen Scharfſinn anſtrenge, um den Kläger alle Einwendungen entgegen zu halten, welche von dem Beklagten denkbarer Weiſe künftig vorgebracht werden könnten.

c) Selbſt in der Form des Verfahrens wollte man ſich von dem bisherigen Gange ſo wenig als möglich entfernen.

---

vergleicht; ſo ſieht man ſogleich, daß in der Regel die Parteien ihre Prozeſſe in Perſon abwarten ſollen, Rechtsaſſiſtenten nur nachgelaſſen, und Bevollmächtigte nur ausnahmsweiſe geſtattet werden; und dieſes nicht bloß bei Untergerichten, ſondern ſogar bei Obergerichten! —

Wenn (auf b) die Informations-Einziehung bei der Klage (die übrigens nach der preuß. P. O. Tit. 5. §. 8. eben nicht als Leiſten vorgeſchrieben iſt, ſondern „dem Deputirten und dem klägeriſchen Advokaten nur zum Probierſteine dienen ſoll", um ſich hiernach ſelbſt controlliren zu können,) einfacher beliebt worden; ſo liegt wohl der Grund mehr in der einfachern Anlage beiderlei Prozeßgeſetzgebungen; im Weſentlichen ſelbſt iſt keine Abweichung vorhanden, und eben in dem Weſentlichen müſſen dieſe oder ähnliche Maximen bei der Informations-Einziehung immer beobachtet werden, werden auch wohl von einem verſtändigen Inſtruenten und Advokaten ohne ausdrückliche Anweiſung von ſelbſt beobachtet.

d) Setzt es die preußiſche Gerichtsordnung als Regel voraus, daß die Parteien von rechtsgelehrten Beiſtänden berathen werden. Die Beiziehung derſelben ſoll aber nach dem Edikte zwar den Parteien nicht verwehrt ſeyn; aber doch ſollen dieſe in keinem Falle hierzu vom Gericht angewieſen werden.

VI.

Einige Worte über die Trennung der ſtreitigen und nichtſtreitigen Rechtsſachen im Juſtizverwaltungsorganismus.

§. 43.

Dieſe Trennung iſt nicht unbedingt realiſirbar.

Ich komme hier dem oben §. 6. angegebenen Plane dieſer Abhandlung gemäß, und als eine Art von Ergänzung des II. Abſchnitts auf einen Gegenſtand, der beſonders in unſerer, dem Gewohnten eben nicht ſehr günſtigen Zeit zu den vielbeſprochenen gehört; ich meine die Trennung der richterlichen Gewalt in ſtreitigen und freiwilligen Rechtsgeſchäften. So wie jedes Ding in der Welt ſeine zwei Seiten hat, ſo hat ſie auch dieſe Trennung, und dieß iſt wohl die Urſache, warum dieſelbe bis jetzt erſt hie und da im Werden iſt, in dem größten Theile von Deutſchland aber die Vereinigung beider Zweige der richterlichen Gewalt noch bis auf dieſen Tag beſteht.

Es iſt nicht zu leugnen, daß, wenn der nämliche Richter, der bei einem Akte der nichtſtreitigen Gerichtsbarkeit leitend und genehmigend eingewirkt hat, hinterher über deſſen beſtrittene Rechtsbeſtändigkeit entſcheiden ſoll, daraus Colliſionen entſtehen können, die eine unbefangene und gleich durchgehende Entſcheidung zweifelhaft machen. Wenn daher nicht erhebliche Gründe dieſe Trennung, ich ſage nicht geradehin unpraktiſch machten (denn davon iſt nirgends eine Rede) wohl aber nur mit Behutſamkeit und unter gewiſſen Vorbedingungen zu realiſiren riethen, ſo würde ſchon der mögliche Mißbrauch ein hinlängliches Motiv ſeyn, ſich ohne weiters für die Abſchaffung einer ſo mangelhaften Verfaſſung zu erklären, und zwar ohne alle Rückſicht auf das Alter ihrer Dauer. Allein folgende Betrachtungen, wenn ſie auch dieſe Trennung nicht ſchlechthin widerrathen, enthalten doch Winke für die Reformatoren unſeres Verwaltungs-Organismus, daß ſie damit nicht zu raſch und eilfertig zu Werke gehen, ſondern fein behutſam und mit ſorgſamer Erwägung deſſen, was ſie für das Alte beſonders bei der ſubjektiven Organiſation zu geben im Stande ſind. Dieſe Betrachtungen gehen von folgenden Erfahrungsſätzen aus:

1) Die Vereinigung dieſer beiderlei Juſtizverwaltungszweige gewährt eine vollkommenere praktiſche Schule für den Rechtsgeſchäftsmann, während die Trennung wenigſtens Anlaß werden kann, daß an die Stelle durch Erfahrung gereifter Wiſſenſchaft bloße Routine tritt.

2) Bei Unterbehörden iſt die allzuſcharfe Trennung der Gewalten weder überall nothwendig noch auch rathſam.

3) Die zu vermeidende Colliſion liegt weder abſolut noch einzig in der fraglichen Verbindung;

4) dem Staate werden neue Laſten aufgebürdet, was nicht bloß in finanzieller Hinſicht bedenklich iſt.

Wollen wir nun dieſe Behauptungen einer nähern Würdigung unterſtellen.

§. 44.

1) Die Vereinigung fördert eine wiſſenſchaftliche Praxis; die Trennung iſt ein Hinderniß derſelben.

Ich ſage nichts von der nahen Verwandtſchaft beider Gewaltszweige, beſonders in Beziehung auf die ſ. g. gemiſcht freiwilligen Gerichtshandlungen, (S. 21. 23.) wo der Richter bei der hier ſtatt findenden causae cognitio et decisio einigermaſſen wenigſtens in die nämliche Sphäre tritt, in der er im ſtreitigen Prozeſſe ſich bewegt; aber es iſt für die beſſere Beſorgung der nicht ſtreitigen Rechtsſachen und für den eigentlichen Zweck der Inſtitution: Verhütung künftiger Prozeſſe, unleugbar ſchon ſehr viel werth, wenn die nämliche Perſon, deren Amt zunächſt in der Inſtruktion und Entſcheidung der Prozeſſe beſteht, jene Geſchäfte leitet, welche ſo häufig die Quellen der Prozeſſe ſind.

Das weſentlichſte Erforderniß einer zweckmäßigen Verwaltung dieſer Geſchäfte iſt eine durch Theorie geläuterte und geſtärkte praktiſche Erfahrung; und von wem könnte dieſe in einem vollendetern Grade erwartet werden, als von demjenigen, der aus täglicher Beſchäftigung mit Prozeſſen weiß, wie und worüber Prozeſſe hauptſächlich entſtehen, und wie ihnen

vorzubeugen geweſen wäre? Denke man ſich dagegen ſelbſt da, wo die Trennung im übrigen mit möglichſter Umſicht geſchehen iſt, wie im Großherzogthum Heſſen (S. 18. n. 12.) oder im Königreich Würtenberg[121]) dieſen Verwaltungszweig in den Händen eines Stadtſchreibers, wenn er auch theoretiſcher Juriſt iſt, des Gemeinderaths, eines Notars, der nicht wenigſtens zugleich das Amt eines Advokaten bekleidet. Ich nehme hier ſogar an, daß dieſe Land- und Stadtſchreiber ꝛc. die Rechte ganz, nicht wie ſo manches in Schreibſtuben gebildete oder wenigſtens ausgebildete Subjekt nur halb ſtudirt haben. Ihnen werden zwar durch lange Uebung die Geſchäfte endlich geläufig werden. Aber da ſie zu jenen Erfahrungen, die der Richter macht, meiſt keine Gelegenheit haben; ſo fehlt ihnen gerade das Beſte; ihre Geläufigkeit verſinkt allmählig zur bloßen Routine, zum todten Formelkram; es mangelt ihnen der Stoff, das am Angewöhnten ſich findende Mangelhafte zu entdecken und zu verbeſſern. Der Pachtvertrag wird alſo fort und fort ſo aufgenommen, wie er von jeher aufgenommen worden, während dem Richter ein vielleicht kürzlich über das nämliche Rechtsgeſchäft inſtruirter und entſchiedener Prozeß manche Cautelen an die Hand giebt, die er nützlich anwendet.

Eben dieſe bloße Geläufigkeit vermindert auch allmählig das Intereſſe an der Sache; das ewige Einerlei erzeugt eben ſowohl Abgeſtumpftheit als Einſeitigkeit und jenen leidigen Schlendrian, in welchem, wie ich oben ſchon bemerkt habe, das wahre Leben untergeht. — Daher iſt in dieſem Dienſtzweige, wo

---

121) Organiſ. Edikt §. 39.

heute geſchieht, was geſtern geſchehen, und wenn Gott das Leben ſchenkt, übers Jahr wieder geſchehen wird, der Schlendrian und das Maſchinenmäßige gerade zu Hauſe; es erſtirbt damit die Liebe zum Studium und das Fortſchreiten nach den Forderungen der Zeit auch im Berufe. Denn hier handelt ſichs um gemeſſene Formen, die in ihrer Art ewig und unveränderlich ſind. Der Geſchäftsmann, der, was er thut und treibt, und wie er es thut und treibt, ſo zu reden, auf Jahre hinaus berechnen und vorherſagen kann, muß endlich mit den beſten Anlagen an Wiſſenſchaft, Geiſt und Gemüth ein Handwerker werden. Und ſollte die Betrachtung, daß der Mann, der einmal in dieſem Wirkungskreiſe ſeine Anſtellung gefunden hat, gewöhnlicher Weiſe darin bleibt, bis er ſtirbt oder invalide wird, ganz ohne Bedeutung ſeyn? — dieſe Betrachtung, die den ſo natürlichen Trieb des Weiterkommens im Staatsdienſte und mit demſelben das belebende Prinzip des Fortſchreitens zu höherer Verdienſtlichkeit niederſchlägt, ja ertödtet?

§. 45.

2) Bei Unterbehörden iſt die allzuſcharfe Trennung der Gewalten weder überall nothwendig, noch auch rathſam.

Wir haben es hier nur mit Untergerichten zu thun; bei den Obergerichten trifft es ohnehin ſeltener ein, daß die Juſtizverwaltung in nichtſtreitigen Rechtsſachen zu ihrem Wirkungskreiſe gehört, und wo es auch eintrifft, läßt das zahlreichere Perſonal derſelben entweder nach einer ein für alle Mal oder bei vorkommenden Fällen getroffenen Einrichtung die bezielte Trennung in dem Schooße eines und deſſelben Gerichts ohne Schwierigkeit zu. Dieß iſt auch der Fall bei

denjenigen Untergerichten, welche eine Collegialeinrichtung haben und ſtärker beſetzt ſind, wie z. B. bei den Kreis- und Stadtgerichten in Baiern. Aber auch die einfacher formirten Untergerichte, die bloßen Juſtizämter, erheiſchen dieſe Trennung nicht abſolut, ſie iſt ſogar nicht ſo ſchlechthin rathſam. Bei dieſen Untergerichten beſteht der größte Theil der Rechtshülfsbedürftigen aus Perſonen der niedern Volksclaſſe. In der Regel betrachten dieſe in allen ihren, die öffentliche Verwaltung berührenden ſtreitigen und nicht ſtreitigen Rechtsangelegenheiten ihren Juſtizamtmann, Landrichter, Oberamtsrichter und wie er ſonſt heißen mag, für ihre erſte Inſtanz; bei ihm ſuchen ſie Rath und Hülfe, wie für ihr Seelenheil bei dem Beichtvater, und ſie erkennen in ihm den Freund und Vater. So ſoll es wenigſtens ſeyn, ſo iſt es auch Gottlob in der Regel, und wenn es hin und wieder anders iſt, ſo liegt der Mißgriff nicht dem zur Laſt, der dem Manne ſein Vertrauen ſchenkt, auch nicht der Einrichtung ſelbſt, ſondern demjenigen, der einen Unwürdigen zum Gegenſtand des nothwendigen Vertrauens gemacht hat. Dieſe haarſcharfen Diſtinktionen im Organismus der öffentlichen Gewaltsverhältniſſe, dieſe Zerſtückelung der Reſſorts liegt nicht im Charakter des Deutſchen, und es will vornehmlich dem Bauer nicht gefallen, wenn er in den mancherlei Nöthen, die ihm zuſtoßen, wie man ſagt, vom Pontius zum Pilatus gewieſen wird. Hiezu kommt, daß dieſes nothwendige Vertrauen zwiſchen dem Beamten und ſeinen Amtsanbefohlenen von vorn herein geſtört wird, wenn die Trennung von der hier die Rede iſt, realiſirt wird, und der ſ. g. gemeine Mann von den Beweggründen derſelben Kenntniß nimmt. Und doch ſollten die Regierungen bedenken, daß es in ſo mancher Rückſicht bedenklich iſt, den Saamen des Miß-

trauens[122]) gegen diejenigen Organe der öffentlichen Gewalt, welche dem Volke am nächſten ſtehen, und eigentlich zunächſt die Verbindung zwiſchen Regierer und Regierten erhalten, auszuſtreuen. Vieles ließe ſich noch hierüber ſagen, aber es würde mich zu weit führen, und am Ende — würde man mir vielleicht nicht glauben. Alſo ſage ich nur noch, daß das ganze Heer von Regierungs-Maximen gegen Willkühr der Beamten, und die Legion von Controllen, die eine argwöhniſche und überkluge Regierungsklugheit ausgeſonnen hat, und noch ausſinnen mag, in Ewigkeit das nicht leiſtet, was eine vorſichtige Wahl bei der Anſtellung der Beamten (und hat man nicht Subjekte genug, um wählen zu können?) wirkt. Alle dieſe Controllen und Maximen werden Diebe nie zu ehrlichen Leuten machen, wohl aber mag das leidige „quilibet praesumitur malus", das man praktiſcher vor der Anſtellung des Staatsdieners befolgte, manchen ehrlichen Mann von nicht ganz feſten Grundſätzen mit gewiſſen Vorſtellungen vertraut machen, durch die er nur zu leicht das werden kann, weſſen ihn eine unbillige Vermuthung fähig gehalten hat.

§. 46.

---

122 Dieß geſchieht leider in ſo manchen Ländern auf eine ſo auffallende Art, daß man meinen ſollte, die obern Behörden gingen abſichtlich darauf aus, die untern verdächtig zu machen, um ſich dadurch dem Volke als die allein Reinen darzuſtellen. Möchten ſie wiſſen, daß ſie das Volk darum nicht für beſſer hält, daß es überhaupt wenig Notiz von ihnen nimmt, wohl aber alles, was Beamter heißt, mit zweideutigen Blicken anzuſehen, bei ſolchen Regierungs-Maßregeln eine Veranlaſſung mehr erhält! —

§. 46.

3) Die zu vermeiden geſuchte Colliſion liegt weder abſolut noch einzig in der fraglichen Verbindung.

Aber man wird mir einwenden, indem ich eine Colliſion der Pflichten und des Intereſſe des Richters auch nur als möglich einräume, ſo ſey eine Vertheidigung der Einrichtung gar nicht mehr möglich. — Darauf ſage ich: wenn mit der Reform, wovon die Rede iſt, dem Uebel von Grund aus abgeholfen wird, ſo hat man Recht; wenn wir aber nur Mangelhaftes gegen Mangelhaftes vertauſchen, ſtatt des unvollkommenen Alten ein unvollkommenes Neues ſetzen, ſo hat man nicht recht. Es iſt bisher gezeigt worden, daß wir mit dem zu entfernenden Uebel auch manches Gute entfernen, das die Einrichtung hat; das Uebel iſt auch nicht ſo allgemein, ſo einzig bloß in dieſer Gewalts-Vereinigung zu ſuchen; das Surrogat kann das größere Uebel werden, zumal wenn die Wahl des Verwaltungsperſonals beſchränkt iſt. Hierbei will ich noch mit wenigen verweilen.

Will man nicht annehmen, daß der Richter durch die Concurrenz bei den nicht ſtreitigen Rechtsgeſchäften von ſelbſt Mitintereſſent werde; ſo iſt es einleuchtend, daß er nur ausnahmsweiſe ein Intereſſe dabei haben kann, ob daſſelbe rechtlich beſtehe oder nicht. Betrifft der Streit nur den materiellen Theil des Geſchäfts, was der gewöhnlichere Fall iſt, ſo fällt jedes Intereſſe von ſelbſt weg, da der Richter nicht für die materiellen Feſtſetzungen der Parteien haftet und haften kann, weil ihm dießfalls jeder Einfluß verſagt iſt und ſeyn muß. Er hat nur für die Beobachtung der Form einzuſtehen, und kann alſo auch nur deßfalls verantwortlich gemacht werden.

Tritt aber dieſer Fall ein, ſo erſcheint der Richter für ſich ſelbſt recuſabel. Fälle dieſer Art, wo ein Perhorreſcenz-Grund gegen einen Richter eintritt, ſind aber überhaupt unvermeidlich, ſo lange die Richter als Menſchen der menſchlichen Geſellſchaft angehören. Sollte der Richter hier nicht von ſelbſt ſeines Amts ſich enthalten und das Hinderniß der Oberbehörde anzeigen, wozu er allerdings verpflichtet iſt[123]), ſo wird dieß gewiß die Partei, welcher hierbei Gefahr droht, nicht unterlaſſen. Ueberdieß iſt der Fall, daß der Richter aus Handlungen oder Unterlaſſungen verantwortlich, und bei der Verwaltung ſeines Amts betheiligt ſeyn kann, ſelbſt bei ſeiner Beſchränkung auf die ſtreitige Rechtspflege nicht ausgeſchloſſen, hier aber noch von bedenklicherer Art. Man denke ſich, wie leicht der Richter um die Folgen eines Verſehens oder einer Verzögerung, z. B. bei Anlegung eines Arreſts, bei Verhängung eines Sequeſters, bei der Immiſſion eines Gläubigers oder Vollſtreckung der Exekution ꝛc. von ſich abzuwenden, verſucht werden kann, wider ſeine beſſere Ueberzeugung zu verfahren oder zu erkennen. Dieß kann geſchehen entweder gegen den Kläger oder gegen den Beklagten, und zwar durch ein ſtrengeres oder ein laxeres Benehmen in Beziehung auf den bedenklichen Anſpruch, je nachdem auf die eine oder die andere Weiſe das Verſehen am ſchicklichſten wieder gut zu machen, wenigſtens in ſeinen Folgen unſchädlich zu machen iſt. Denn ſo wie dem Bürgen daran liegt, daß der Gläubiger, es ſey durch Befriedigung von dem Prinzipalſchuldner oder wie ſonſt immer (allenfalls auch durch Gel-

---

123) v. Gönner's Handb. I, n. XII. §. 1. fine.

tendmachung tilgungstüchtiger Einwendungen,) ihm von dem Halſe geſchafft werde; ſo tritt das nämliche Verhältniß bei dem ſubſidiariſch verpflichteten Richter ein. Auch ihm muß es daher daran gelegen ſeyn, daß die Forderung, womit ihm ein Regreß bevorſteht, koſte es was es wolle, von dem eigentlichen Schuldner beigetrieben, im Concurſe ihr eine günſtige Stelle zu Theil werde u. dgl. oder daß ſie ganz als illiquid erſcheine. So wie wir aber auch für dieſe Fälle das Palladium der Rechtsſicherheit in den geordneten Inſtanzen haben, ſo iſt man dadurch eben ſo gegen die Willkühr eines aus Handlungen oder Unterlaſſungen bei ſeinen Amtsobliegenheiten in nicht ſtreitigen Sachen befangenen Richters geſichert.

Hierbei darf man übrigens auch nicht unbemerkt laſſen, daß wenn den Gerichtsbeamten eine Aufſicht und Controlle in Rückſicht der die Geſchäfte der nicht ſtreitigen Gerichtsbarkeit verwaltender Behörden zur Pflicht gemacht iſt, wenigſtens zum Theil die Beſorgniß eintritt, die man durch die Trennung zu entfernen wünſcht, ſofern als jene Gerichte wegen vernachläſſigter Aufſicht in Anſpruch genommen werden können. Dieſes iſt aber der Fall in Baiern, rückſichtlich der den Landgerichten zur Pflicht gemachten Aufſicht auf die Patrimonialgerichte zweiter Claſſe [124]), eben ſo im Großherzogthum Heſſen bei den Landgerichten gegen die Stadt und Landſchreibereien [125]), und im Würtembergiſchen bei den Ober-

124) Edikt über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit vom 26. Mai 1818. §. 68.

125) Neue Civilprozeßgeſetzgeb. ꝛc. I. Heft, S. 7.

amtsrichtern gegen die Ortsobrigkeiten und Gerichts-Notarien [126]).

Hierzu kommt aber auch noch, daß wenn mit den Handlungen der nicht ſtreitigen Gerichtsbarkeit den Gerichten nicht auch andere Zweige der Juſtiz-verwaltung, namentlich das Pupillenweſen abgenommen und auch dafür eigene Behörden angeordnet werden, wieder nur theilweiſe geholfen iſt, weil bei dem klagbar oder vertheidigungsweiſe zur Sprache gebrachten Intereſſe des Pflegbefohlnen das Intereſſe des Richters als Obervormundes auf gar mannigfaltige Weiſe mit ſeinen Pflichten als Richter ſich kreuzen kann.

Ueberhaupt hält es wohl ſchwer zu beſtimmen, und die Fälle zu zählen, wo der Richter als Menſch, als Theilnehmer des zu unzähligen Berührungen und Verkettungen der Intereſſen Anlaß gebenden bürgerlichen Vereins, wo der Richter, ſage ich, als Menſch und als Pfleger der Gerechtigkeit, die des Anſehens der Perſon und eigenen Vortheils uneingedenk ſeyn ſoll, ſich begegnen können. Soll man gar nicht auf ſeine Unbefangenheit, nicht mehr auf ſein Pflichtgefühl rechnen dürfen, ſo mache man nur keine Menſchen zu Richtern! — Und iſt denn ganz und gar alles Bedenken entfernt, wenn einem Notar oder wie die Behörde heißt, welcher ausſchließlich die Geſchäfte der nicht ſtreitigen Angelegenheiten der Staatsbürger zur Leitung und Befeſtigung übertragen werden, — wenn dieſen die Beſorgung des Wohls der ſonſt unberathenen Parteien

126) Organiſ. Edikt über die Rechtspflege in den untern Inſtanzen, §. 94. 190. 192.

anvertraut wird? Iſt denn gerade bei dieſen aller Verdacht einer Colliſion der Intereſſen entfernt, und dagegen bloß bei dem Richter die Gefahr einer Verſuchung vorhanden, troß deſſen daß, man mag ſagen, was man will, der Richter denn doch als auf einer ungleich höhern Stufe der Integrität ſtehend angenommen werden muß! — Dem Staatsbürger iſt doch wahrlich nicht allein damit gedient, daß er bei ſtreitigen Rechtsverhältniſſen im Wege des Prozeſſes mittelſt eines gerechten Richterſpruchs Schuß finde, — oft eine sera medicina! — Er will, daß ſein Rechtsgeſchäft, wozu er der Leitung gewiſſer Organe der öffentlichen Gewalt bedarf, ſo befeſtigt werde, daß daraus keine Prozeſſe entſtehen, und nicht genug; er erwartet auch, daß er bei einem ſolchen Geſchäft nicht vom Anfang an, oft unheilbar, gefährdet werde, wohl gar durch das nämliche Subjekt, dem er ſich vertrauend übergeben muß. — Schafft man aber Dienſtſtellen, die ſich bloß und ausſchließlich mit den Handlungen der nicht ſtreitigen Gerichtsbarkeit abgeben, ſo iſt neben der Wiſſenſchaftlichkeit auch wohl die Sittlichkeit in Gefahr, wenn ich auch zugeben will, mit Ausnahmen. Es iſt eben keineswegs ſo ganz wider Vernunft und Erfahrung, anzunehmen, daß die ſtete Bewegung in einer Art von mechaniſchem Dienſte mit dem ſcientiviſchen auch den moraliſchen Schlendrian erzeugt, daß die Einförmigkeit allmählig eine gewiſſe Abgeſtumpftheit und dieſe wieder eine Gleichgültigkeit gegen das was groß und edel im Dienſte der Menſchheit iſt, bewirken, und daß endlich das ewige Treiben im pecuniären Verkehr, und bloß in dieſem, nach und nach die Begierde rege machen muß, ſelbſt auch an Plutus Wohlthaten Theil zu nehmen, die fort und fort der Gegenſtand unſerer

Beſchäftigung für Andere ausmachen. Wenn aber die Gelegenheit ſo gar zu bequem und verführeriſch iſt, wer tritt auf, und wirft einen Stein auf denjenigen, der ihr einmal unterliegt? Und wenn es vollends nicht baare Verunglimpfung iſt, „daß die „Mehrheit der franzöſiſchen Notarien am Marke „des Volks ſauge; daß in der Regel der franzöſiſche „Notair ein wuchernder Banquier ſey, der von „dem armen Schuldner durch mancherlei Kunſtſchliche „mehr Zinſen ziehe, als der Gläubiger und Mäckel„jude“ 127); wenn es ferner nicht auf den Namen ſondern auf die Gelegenheit zu ſündigen ankommt, wobei einen Land- oder Stadtſchreiber, oder wie er ſonſt heißt, wohl eben ſo leicht eine böſe Luſt anwandeln kann, wie einen Notär: wie könnte ſich der Deutſche wünſchen, ſeine Juſtizverfaſſung auf dieſe Weiſe verbeſſert zu ſehen?

§. 47.

4) Dem Staate werden neue Laſten aufgebürdet, was nicht bloß in finanzieller Hinſicht bedenklich iſt.

Wer die Welt nimmt, nicht wie ſie iſt, ſondern wie ſie ſeyn könnte, dem wird freilich der von den Finanzen entlehnte Grund gerade als der ſchwächſte vorkommen. Allein in ſeinen Folgen kann er leicht der wichtigſte werden. So lange wir nämlich bei den Einrichtungen im Staate uns nicht bloß fragen dürfen, welche allen Forderungen am meiſten entſprechen, alſo die beſte ſeyn mag, ſondern auch unſere Mittel und die Finanzkräfte erwägen müſſen,

---

127) Genslers Beitrag zu der Geſetzgebung für die Verfaſſung der deutſchen Gerichte rc. Heidelb. 1818. S. 22.

weil es ſonſt in der That ſo ſchwer nicht hielte, gar manches beſſer zu machen, was wir wegen der leidigen Abhängigkeit von den Mitteln ſo laſſen müſſen, wie es iſt: ſo müſſen wir uns auch gefallen laſſen, wenn die Finanzbehörden von uns fordern, daß wir nicht ohne höchſte Noth den Perſonal-Etat der Juſtizverwaltung vergrößern. Doppelt ſchlimm aber wäre es, wenn wir wegen Beſchränktheit der Mittel uns nach der Decke ſtrecken und für die Adminiſtration der Geſchäfte des nicht ſtreitigen Reſſorts mit minderfähigen Subjekten vorlieb nehmen müßten, weil ſie — wohlfeiler ſind. So könnten wir ein mögliches oder auch wahrſcheinliches Uebel, die Colliſion des Intereſſe des Richters mit ſeinen Pflichten vermeiden wollen, und ein gewiſſes herbeiführen, eine in ihren Folgen nicht zu berechnende ſchlechte Verwaltung eines für die bürgerliche Geſellſchaft ſo entſchieden wichtigen Zweigs der öffentlichen Fürſorge.

Soll aber auch nicht an den Organen geſpart werden, ſo wird man doch glauben, etwa durch Vergrößerung der Bezirke den Ausfall decken zu können. Statt daß alſo bisher ein Untergericht mit vereinigter richterlicher Gewalt auf einen Bezirk von 15000 Seelen ſich ausdehnte, ſo wird man es nun auf wenigſtens 24000 ausdehnen zu dürfen meinen, weil dem Gericht nun viele Erleichterung zugegangen ſey. Wahr iſt es; Erleichterung geht ihm zu, und dieß nicht allein durch Abnehmung einiger Verwaltungszweige allein, ſondern auch dadurch, daß es dem Anlaufe der Rechtſuchenden minder ausgeſetzt iſt. Es giebt kein beſſeres Mittel, dem Bauer das Klagen zu verleiden, als wenn er recht weit in das Amt gehen muß. Man bedenke übrigens, daß die

24000 Gerichtsinſaſſen nicht wie auf einem Teller um den in der Mitte ſich befindenden Gerichtsſitz herum wohnen; daß man dieſe Gerichtsſitze nicht überall in dem Mittelpunkt aufſchlagen kann; daß alſo von der unförmlich ausgedehnten Peripherie mancher, zumal in minder bevölkerten Gegenden 8 und 10 Stunden weit zu laufen haben kann, um ſeines Richters habhaft zu werden. Aber es iſt doch wohl unſtreitig die Sorge, bequem und leicht den Rechtsſchutz haben zu können, nicht die letzte bei jeder neuen Gerichtsorganiſation.

§. 48.

Reſultat.

Ich ziehe aus allen den Schluß:

> Die Trennung der nichtſtreitigen von der ſtreitigen Gerichtsbarkeit mag zweckmäßig ſeyn, wenn der abgetrennte Zweig oder die Geſchäfte der erſtern ſubjektiv gut organiſirt, und dafür theoretiſch und praktiſch formirte Männer aufgeſtellt werden; es iſt aber rathſamer es bei der Vereinigung beiderley Verwaltungs-Reſſorts zu laſſen, wenn die neuanzuordnenden Behörden das nicht zu leiſten vermögen, was man von der neuen Einrichtung erwarten muß, wenn ſie durchaus als die beſſere gelten ſoll.

So viel von dieſem Gegenſtande, und zum Beſchluſſe noch die treffenden Worte Erhards in der Einleit. zur Ueberſetzung von Napoleons Civ. Ger. Ord. S. VII. „In keinem Theile der Geſetzgebung, ſagt er, iſt die Umſtürzung einer ſeit Jahrhunderten

gangbaren Organiſation bedenklicher als bei der Gerichtsordnung, und es iſt überhaupt heilſamer, mit ſteter Hinſicht auf die reinſten Grundſätze der Geſetzgebung, das Alte der Vollkommenheit allmählig zu nähern, als mit kühner Hand Alles einzuwerfen, was Gebrauch und Sitte geheiligt haben, was der Nation bekannt und durch vieljährige Anwendung mit dem gewohnten Geſchäftsgange verwebt und verkettet iſt. — Einer ganz neugeſchaffnen Form hat die Erfahrung den Stempel der Zweckmäßigkeit noch nicht aufgedrückt; noch hat man ſie nicht im Gange geſehen. Keine menſchliche Weisheit vermag alle die neuen Uebel zu ahnen, die aus dem neuen doch auch menſchlichen, alſo mangelhaften Werke hervorgehen können, noch vorauszuſehen, auf welche Art die nie ruhende erfinderiſche Chikane dem Geſetze beikommen werde, Und wie oft hat nicht die Erfahrung gelehrt, daß die gänzliche Umſchaffung der Formen, ſo glänzend auch dabei die Erwartungen waren, doch am Ende auf nichts hinauslief, als auf Eintauſchung neuer bisher unbekannter Mißbräuche und Gebrechen gegen alte und bekannte! — Nein die alte Form, wenn ſie nicht völlig zwecklos und unvernünftig iſt, hat ewig vor einer ganz neugeſchaffnen Eins voraus: die bereits daran bewährte Erfahrung von Jahrhunderten! —— Wo neue Geſchäfte, Sitten und Verhältniſſe Aenderungen gebieten, da wird der weiſe Geſetzgeber das Fehlende ergänzen, und mit dem bisher Gültigen in Uebereinſtimmung zu bringen wiſſen. Er wird gern des kleinen Ruhms einer neuen Schöpfung entbehren, und mit weiſer Hand da beſſern, wo nur immer das gänzliche Zerſtören und Umwerfen des Alten vermeidlich iſt. — Die Eitel-

keit, etwas Unerhörtes zur Welt zu bringen, kann allenfalls dem Philoſophen bei Darſtellung eines Ideals verziehen werden; aber den Geſetzgeber muß ſie nicht quälen. Wenn jenen vielleicht morgen ein ſcharfſichtiger Gegner widerlegt, oder die rückkehrende mens sana ſeiner Nachbeter lächerlich findet: ſo iſt Schande und Nachtheil ſein; **aber der Geſetzgeber macht ſeine Verſuche am Wohle ganzer Völker und Generationen.**"

Verbeſſerungen.

Zu Seite 5 kann man zur Ergänzung der Literatur noch beifügen:

C. A. Beck diss. de officio judicis nobili et mercenario. Ien 1733.

I. F. Wahl prog. de justis cancellis, quibus officium judicis vel jus dicentis in adjuvando actore per li belli interpretationem secundum aequi rationem et jus scriptum Caes. et Pontif. circumscribitur Goett. 1752.

Seite 13. Zeile 2. ſetze: (§. 19.)
— 94. — 6. lieſs juri.
— 95. — 15. — bei einer dergleichen.

Nazionale V. E. III. NAPOLI

575160

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOTECA